

”Legalitetsprinsippet” i juridisk teori, og hensiktsmessigheten av et offentligrettslig lovkrav

Kandidatnummer: 327

Veileder: Thorsteinn J. Skansbo

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 17.441 ord

18.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>”LEGALITETSPRINSIPPET” I JURIDISK TEORI</u>	<u>4</u>
2.1	Castberg og de eldre statsrettsteoretikere	4
2.1.1	Castbergs statsrettslige fremstilling	4
2.1.2	Aschehoug, Morgenstjerne og Andenæs	6
2.1.3	Castbergs forvaltningsrettslige fremstilling	8
2.2	Ross’ kritikk av det materielle lovbegrep	10
2.3	Eckhoffs grunnleggende artikkel	14
2.4	Fleischers plassering av legalitetsprinsippet i en større rettskildemessig kontekst	18
2.5	De negative formuleringer av legalitetsprinsippet	20
2.5.1	Smiths og Eckhoffs negative formuleringer	20
2.5.2	Kritikken av de negative formuleringer	23
2.6	Opsahls domstolsrettede legalitetsprinsipp	28
2.7	Legalitetsprinsippet som et offentligrettslig lovkrav	30
2.8	Bernts rettskildemessige standard	33
2.9	Hopsnes og Solbergs ”nyansering” av det offentligrettslige lovkrav	36
<u>3</u>	<u>HENSIKTMESSIGHETEN AV ET OFFENTLIGRETTSLIG LOVKRAV</u>	<u>42</u>
3.1	Behov for et normativt direktiv i det praktiske rettsliv	42
3.2	Pedagogisk tjenlighet av et offentligrettslig lovkrav	46
<u>4</u>	<u>SAMMENFATTENDE OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>52</u>

1 Innledning

Vår grunnlov konstituerer tre statsmakter: en ”udøvende Magt” tillagt Kongen, en ”lovgivende Magt” tillagt Stortinget, og en ”dømmende Magt” som for den alminnelige rettspleie er tillagt et domstolshierarki med Høyesterett i spissen. For Kongens og Stortingets vedkommende er kompetanseområdene i en viss grad konkret angitt ved de såkalte prerogativer og oppregningen i grl. § 75, men for øvrig er man i det vesentlige henvist til en tolking av de nevnte uttrykk ut fra statspraksis og maktfordelingens idégrunnlag.

For nærmere klarlegging av statsorganenes kompetanseområder har juridisk teori oppstilt et legalitetsprinsipp. Prinsippets utgangspunkt er at utøvende makt ikke omfatter kompetanse til å treffe rettslige beslutninger som griper inn i privat rettssfære – for å oppnå slik kompetanse er forvaltningen avhengig av særskilte rettsregler. Fra dette utgangspunkt har ulike teoretikere anlagt et noe ulikt *perspektiv*, med den følge at selve termen ”legalitetsprinsippet” har fått et uensartet meningsinnhold. I enkelte fremstillinger er prinsippets primære formål kun å illustrere den nevnte begrensning i utøvende makt, som motsetning til lovgivende makt. De spørsmål som reises i forhold til eksistens og innhold av rettsregler om ytterliggående kompetanse og beslutninger i medhold av slike – spørsmål som i realiteten knytter seg til grensene for dømmende makt – overlates mer eller mindre til den alminnelige rettskildelæren. I andre fremstillinger gir legalitetsprinsippet motsetningsvis primært rammer for dømmende makt, og fungerer som et rettskildeprinsipp. Domstolene trenger etter dette lovhjemmel for å anerkjenne de nevnte kompetanseregler, og prinsippet binder også tolkingen av beslutninger. I realiteten blir legalitetsprinsippet her et rettskildemessig lovkrav for statuering av pliktregler som bebyrder private overfor det offentlige, og prinsippet utvides derfor gjerne til også å omfatte ”offentligrettslige” pliktregler som ikke baserer seg på noen rettslig beslutning.

Den juridiske teori er videre, på tvers av de ulike perspektiv, uensartet i forhold til den nærmere *utforming* av legalitetsprinsippet. Flere formuleringer er lansert.

I **del 2** vil det gis en oversikt over en rekke teoretiske fremstillinger av legalitetsprinsippet. Formålet er å illustrere de ulike perspektiv som er referert ovenfor, og gi en oversikt over ulike tilnærminger til prinsippets utforming. Den uensartede bruk av termen ”legalitetsprinsippet” har til dels medført unødvendig debatt, og det er i seg selv betenkelig at en så sentral juridisk term ikke har et konsekvent meningsinnhold.

Oversikten baseres på selvstendig behandling av et utvalg fremstillinger som i særlig grad har uttrykt nyskapende synspunkter rundt prinsippet. Øvrig litteratur omhandles på en mer indirekte måte.¹ Fremstillingsmåten medfører en viss fare for gjentakelser, men er bedre egnet til å illustrere kontraster enn en mer helhetlig beskrivelse av ulike oppfatninger. Der et omhandlet verk er publisert i flere utgaver er samtlige av disse studert for å oppfange eventuelle endringer. Legalitetsprinsippet har ikke hatt noen lineær utvikling, og en rent kronologisk gjennomgang av litteraturen er ikke hensiktsmessig. Det er heller ingen skarp grense mellom de to nevnte perspektiver, men denne er klar nok til at den legges til grunn for oppgavens disposisjon: De fremstillinger som primært retter seg mot utøvende og lovgivende makt behandles i avsnitt 2.1 til 2.5, og de ”rettskildemessige” fremstillinger i avsnitt 2.6 til 2.9.

De siste 25 år har deler av diskusjonen rundt legalitetsprinsippet angått spørsmålet om prinsippet utgjør en skranke for faktiske handlinger utført av individer i offentlig tjeneste – m.a.o. om det eksisterer en generell forbudsregel i medhold av prinsippet.² Dette spørsmålet, som i atskillig grad er forankret i den perspektivproblematikk som er gjengitt ovenfor, vil av plassmessige hensyn ikke drøftes. Fremstillingen begrenses altså til prinsippets forhold til kompetanseutøvelse. Uttrykkene ”kompetanse” og ”rettslig beslutning” benyttes i en betydning som antas å samsvare med alminnelig oppfatning.³ En rettslig beslutning innebærer et utsagn som søker å endre eller fastlegge rettstilstanden i

¹ Av større fremstillinger som i beskjedne grad fremmer nye synspunkter, og som derfor ikke presenteres selvstendig, kan nevnes *Frihagen 1968* (og senere utgaver), *Boe 1993*, *Kraby JV 1996*, *Skjerdal JV 2001*, *Graver 2002* og *Bernt/Rasmussen 2003*.

² Jf. *Hopsnes/Solberg JV 2005* s. 89–98 med henvisninger.

³ Jf. bl.a. *Fleischer 1998* s. 410, *Eckhoff/Smith 2003* s. 33–34, *Bernt/Rasmussen 2003* s. 63 og *Nygaard 2004* s. 26.

tråd med sitt meningsinnhold, og som etter rettsordenen normalt tilkjennes en slik normerende virkning. Kompetanse er evnen til å treffe en rettslig beslutning.

I **del 3** vil det vurderes hvorvidt det er hensiktsmessig å operere med et offentligrettslig lovkrav av den art en rekke teoretikere tillegger termen ”legalitetsprinsippet”. Dette omfatter for det første spørsmålet om det praktiske rettsliv har behov for et slikt normativt direktiv – altså om det utgjør en reell rettssikkerhetsgaranti – og for det annet spørsmålet om et særskilt rettskildeprinsipp er heldig rent pedagogisk. Etter min mening må begge spørsmål besvares benektende.

2 "Legalitetsprinsippet" i juridisk teori

2.1 Castberg og de eldre statsrettsteoretikere

2.1.1 Castbergs statsrettslige fremstilling

Termen "legalitetsprinsippet" ble første gang benyttet i Castbergs fremstilling av den norske statsforfatningsrett (1935), i tilknytning til behandlingen av lovgivende makt. Problemstillingen er her hva som menes med "Love" i grl. § 75a – m.a.o. hva slags kompetanse Stortinget ved dette begrep er tillagt. Uten noen dyptgående drøftelse konstaterer Castberg at det her siktes til et *materielt lovbegrep*, som omfatter beslutninger som "avgis i det øiemed å gi bindende regler for de private individers handlinger" og retter seg mot "en ubestemt gruppe personer".⁴ Videre konstateres det at materiell lov må treffes i lovs form, dvs. etter formforskriftene i grl. §§ 76–79. Dette følger ikke klart av grl. § 75a selv, men er ifølge Castberg "et av hovedprinsippene i alle liberale statsforfatninger". Deretter følger den grunnleggende uttalelsen:

"Det prinsipp vi her står overfor, og som vi kan kalle "legalitetsprinsippet", rekker for øvrig videre enn til å kreve lovformen anvendt på generelle bestemmelser angående de private individers handlinger, ... Legalitetsprinsippet innebærer nemlig til like at alle andre statsorganer enn lovgiveren er avskåret fra å gripe inn i private individers rettssfære uten rettslig hjemmel. Hvis et forvaltningsorgan skal treffe en beslutning, som i et individuelt tilfelle griper inn i en privatmanns rettssfære, kan dette ikke skje uten hjemmel i en rettsregel, som bemyndiger til inngrepet. Og hvis noen slik rettsregel ikke finnes, kan den i almindelighet bare komme i stand ved beslutning i lovs form. Uten slik hjemmel kan inngrepet i det individuelle tilfelle bare skje ved en beslutning, som selv avgis i lovs form, altså i overensstemmende med reglene i grunnlovens § 76 ff."⁵

Legalitetsprinsippet illustrerer altså lovformens nødvendighet ved visse offentlige beslutninger. For det første for stortingsbeslutninger som "griper inn i en privatmanns

⁴ *Castberg II 1935* s. 8–9.

⁵ *ibid.* s. 10–11.

rettssfære”,⁶ og for det annet som grunnlag for inngripende forvaltningsbeslutninger dersom eksisterende kompetanseregler ikke strekker til. Ved Castbergs behandling av den utøvende makt blir prinsippets betydning for forvaltningsbeslutninger ytterligere utdypet:

”Legalitetsprinsippet innebærer at inngrep i individenes rettssfære ikke kan skje uten rettslig hjemmel, og at kongen og de underordnede forvaltningsorganer ikke selv på egen hånd kan skaffe sig denne rettslige hjemmel. Dersom inngrepet ikke er hjemlet i en sedvanerettsregel, må hjemmelen søkes i en formell lov, provisorisk anordning, kirkelig anordning eller skattebeslutning av stortinget.”⁷

Utenfor området for legalitetsprinsippet, har derimot forvaltningen selvstendig kompetanse i medhold av grl. § 3 – bl.a. til å treffe interne instruksjoner og organisatoriske bestemmelser.⁸

Hvilke konsekvenser har så legalitetsprinsippet for dømmende makt?⁹ Castberg fastslår at domstolene har adgang til å overprøve de øvrige statsorganers beslutninger m.h.t. hjemmelsgrunnlag og form.¹⁰ Mangler vil kunne føre til at en beslutning er ”rettslig uforbindende” eller ”ugyldig”. En slik kontroll forutsetter nødvendigvis at domstolene må ta stilling til innholdet av både rettslige beslutninger og kompetanseregler. Castberg gir imidlertid ingen føringer for domstolenes virksomhet i dette henseende, verken deres frihet til utvidende/analogisk tolkning av delegasjonsbestemmelser eller statuering av ulovfestede kompetanseregler. Det gis ingen vilkår for når sedvanerettslige kompetanseregler foreligger.¹¹ Heller ikke domstolenes tolking av inngripende forvaltningsbeslutninger eller adgang til selvstendig statuering av ulovfestede pliktregler, behandles.

Castbergs fremstilling gir som helhet bestemt inntrykk av at legalitetsprinsippet opprinnelig kun var ment å illustrere grensene for utøvende og lovgivende makt. For at disse grensene skal ha noen realitet er det en implisitt forutsetning at domstolene opprettholder en viss prøvingsintensitet – uhemmet statuering av forvaltningsrettslige

⁶ Unntak herfra gjelder for skattebeslutninger, som kan treffes ved plenarvedtak, *ibid.* s. 24–25.

⁷ *ibid.* s. 72.

⁸ *ibid.* s. 79–84.

⁹ Et utslag av dømmende makt er ifølge Castberg en avgjørelse som løser rettsspørsmål på bindende måte ved anvendelse av rettsnormer på kjensgjerninger, jf. *ibid.* s. 188.

¹⁰ *ibid.* s. 202–203 og 209.

¹¹ Betingelsene for sedvanerett var ikke entydig fastlagt i datidens teori, jf. *Augdahl 1949* s. 216–225.

kompetanseregler vil undergrave legalitetsprinsippet. Å stille direkte skranker for dømmende makt var imidlertid ikke prinsippets siktemål, og det var i hvert fall ikke ment å statuere et unntak fra alminnelig rettskildelære. Castberg åpner også uttrykkelig for ulovfestede, sedvanerettslige kompetanseregler, så heller ikke i en mer indirekte forstand gir hans formulering uttrykk for et krav om ”hjemmel i lov”. Dette understrekes også av Castbergs omtale av lovkravet i grl. § 96, hvor det poengteres et rettskildemessig skille mellom strafferetten og den sivile retten:

”At der kan avsies dom i en civil sak på grunnlag av sedvanerettsregler eller almindelige rettsgrunnsetninger, er selvsagt. Derimot har grunnlovsgiverne i § 96 villet forby at straffedom avsies på et slikt grunnlag.”¹²

Fremstillingen er i det vesentlige uendret i de senere utgaver (1947 og 1964).

2.1.2 Aschehoug, Morgenstierne og Andenæs

For ytterligere å belyse legalitetsprinsippet opprinnelse, skal de eldre statsrettslige verker av Aschehoug og Morgenstierne kort omtales. Det er nemlig vesentlig samsvar mellom disse fremstillingene og Castbergs i forhold til avgrensning av utøvende og lovgivende makt – kun termen ”legalitetsprinsippet” som fremstår som noe nytt hos sistnevnte. En forskjell er likevel at Morgenstierne, som Castberg, benytter et materielt lovbegrep med et skille mellom en borgerlig og statlig rettssfære,¹³ mens Aschehoug i stedet vektlegger lovformens nødvendig for utøvelse av konstitusjonell, heteronom kompetanse:

”Enhver fra en Statsmagt udgaaende Beslutning, der ikke er given i Lovs Form, binder i Almindelighed kun denne Statsmagt selv og dens Organer. Undtagelse herfra finder alene Sted i de Tilfælde, hvor Grundloven ved særlig Bestemmelse har overladt nogen anden end den lovgivende Magt at give Forskrifter om visse Gjenstande.”¹⁴

¹² *Castberg II 1935* s. 66. ”Civil sak” må antas å omfatte alle saker som ikke angår straff, herunder forvaltningsrettslige.

¹³ *Morgenstierne II 1927* s. 88–89 og 105.

¹⁴ *Aschehoug II 1892* s. 119.

Aschehoug foretrekker denne synsvinkelen, ettersom lovgivende makt etter sikker konstitusjonell praksis – både i Norge og i resten av Europa – strekker seg videre enn til vedtakelse av materiell lov. Den reelle funksjon av et materielt lovbegrep blir da ikke en positiv angivelse av lovgivende makt, men kun en negativ avgrensning av utøvende makt.¹⁵

Aschehoug og Morgenstierne anerkjenner domstolskontroll med beslutningers legalitet, men heller ikke her legges det direkte føringer for domstolenes frihet i så måte.¹⁶ Riktignok åpnes det ikke uttrykkelig for ulovfestet kompetanse for forvaltningen – det henvises til ”lov” som grunnlag for heteronome/materielle forvaltningsbeslutninger – men dette kan neppe tas til inntekt for et rettskildeteoretisk synspunkt. Meningen er kun å illustrere den utøvende makts begrensninger.¹⁷ Uttalelser om lovkrav utover grl. § 96 forekommer ikke.¹⁸

I den senere statsrettslige fremstillingen til Johs. Andenæs, finner man de samme linjer. Også her benyttes et materielt lovbegrep som utgangspunkt for beskrivelsen av lovgivende makt.¹⁹ I motsetning til hos Castberg presenteres imidlertid regelen om at materiell lov må ha formell lovs form atskilt fra legalitetsprinsippet, som begrenses til individuelle beslutninger:

”[Legalitetsprinsippet] går ut på at statsorganene ikke kan gripe inn overfor borgerne i individuelle tilfelle ved påbud og forbud eller på annen måte uten å ha hjemmel for det i gjeldende rett. Og hvis den bestående rett ikke gir den tilstrekkelige hjemmel, kan den bare skapes ved formell lov”.²⁰

Som hos Castberg åpnes det uttrykkelig for ulovfestet kompetanse, ved henvisning til ”gjeldende rett” som hjemmelsgrunnlag. For øvrig er Andenæs’ fremstilling i samsvar med de foregående, ved sin (manglende) omtale av domstolskontroll og dømmende makt.²¹

¹⁵ *Aschehoug II* 1892 s. 98–114. *Morgenstierne II* 1927 s. 93–94 og *Castberg II* 1935 s. 17 erkjenner en slik videregående anvendelighet av lovformen, men velger likevel å ta utgangspunkt i et materielt lovbegrep. *Morgenstierne II* 1927 s. 33–36 mener å finne en viss støtte for et slikt begrep i grunnlovens forarbeider.

¹⁶ *Aschehoug III* 1893s. 354–361 og *Morgenstierne II* 1927 s. 75 og 82–83.

¹⁷ Den dømmende makt er lite fremtredende i forfatterens fremstillinger, og behandles ikke sammen med de to øvrige statsmakter i avsnittene om ”Magtfordelingen” og ”Statsmaktens funksjoner”.

¹⁸ *Aschehoug III* 1893s. 13–14 og *Morgenstierne II* 1927 s. 363.

¹⁹ *Andenæs, J.* 1945 s. 154–155.

²⁰ *Andenæs, J.* 1945 s. 156. I 4. til 6. utgave (1976, 1981, 1986) blir ”materiell lov må ha formell lovs form” derimot fremstilt som en del av legalitetsprinsippet.

Sammenfattes de nevnte observasjoner fremstår det ganske klart at termen ”legalitetsprinsippet” oppsto på bakgrunn av en langvarig og ensartet tradisjon, og i en statsrettslig kontekst hvor et materielt lovbegrep – ikke dømmende makt og rettskildeteoretiske problemstillinger – var i fokus.²² Det *opprinnelige* perspektiv på prinsippet må altså antas å ha vært at det alene rettet seg mot utøvende og lovgivende makt. Med et visst unntak for Castbergs forvaltningsrettslige fremstilling, som omtales nedenfor, skulle det gå flere tiår før enkelte teoretikere og rettspraksis ga termen ”legalitetsprinsippet” et utpreget rettskildemessig innhold.

2.1.3 Castbergs forvaltningsrettslige fremstilling

I Castbergs forvaltningsrettslige fremstilling (1938) blir termen ”legalitetsprinsippet” omtalt i en mer direkte forbindelse med dømmende makt. Castberg viser til sin egen statsrettslige fremstilling, og konstaterer at prinsippet medfører en rekke sentrale forvaltningsrettslige spørsmål.²³ Det synes å gjøres et poeng ut av at prinsippet er ”forfatningsrettslig”, og etter presentasjonen av de ulike spørsmål uttales:

”I alle disse tilfelle kan den ene som den annen løsning tenkes å være fullt forenelig med selve forfatningens bestemmelser, spesielt med legalitetsprinsippet, som jo her er det fundamentale forfatningsprinsipp. Det er forvaltningsrettslige, og ikke forfatningsrettslige spørsmål vi her står overfor”.²⁴

Et av spørsmålene, hvor den ene som den annen løsning er forenelig med legalitetsprinsippet, er om lovbestemmelser som gir forvaltningsorganer kompetanse til å treffe inngripende rettslige beslutninger kan tolkes analogisk og utvidende. Castberg tar i

²¹ *ibid.* s. 157, 232 og 296. I 4. utgave gjennomgikk fremstillingen visse endringer, hvor bl.a. henvisningen til ”gjeldende rett” ble erstattet med ”formell lov”.

²² Det bør nevnes at det er vesentlig enighet mellom de fire teoretikerne vedrørende adgangen til å treffe skattebeslutninger ved plenarvedtak og adgangen til delegasjon av lovgivningsmyndighet, jf. *Aschehoug II* 1892 114–115, 236 og 120–127, *Morgenstierne II* 1927 s. 156–159 og 175–186, *Castberg II* 1935 s. 57–68 og *Andenæs, J.* 1945 s. 166–167 og 177–179. Disse synspunkter er heller ikke senere blitt bestridt i norsk rettsteori, skjønt *Opsahl* 1965 s. 64–65 medførte et prinsipielt endret perspektiv på delegasjonsadgang.

²³ *Castberg* 1938 s. 78–79.

²⁴ *ibid.* s. 80.

besvarelsen utgangspunkt i grl. § 96, hvorefter straffebud normalt må fortolkes ”strengt”. Deretter fastslår han som ”forvaltningsrettslig prinsipp” at en tilsvarende tolkningsregel gjelder for forvaltningsrettslige kompetansebestemmelser. Det er imidlertid vidtgående unntak fra fortolkningsprinsippet, dersom utvidende tolking er nødvendig for å få en ”rimelig mening” i loven eller ”det ikke kan betraktes som rasjonelt å gjøre nogen forskjell” mellom tilfellene.²⁵

Senere i fremstillingen gjør Castberg de samme betraktninger i forhold til selve forvaltningsaktene (vedtakene), men her settes fortolkningsregelen i større grad i sammenheng med legalitetsprinsippet:

”Som før påvist medfører legalitetsprinsippet i vår offentlige rett at forvaltningsrettslige bestemmelser, som gir forvaltningsorganene adgang til å gripe inn i borgernes rettssfære, i almindelighet må fortolkes strengt. Det samme prinsipp må også naturlig føre til at forvaltningsaktene selv må få en streng fortolkning, når de går ut på inngrep i borgernes rettssfære.”²⁶

Et annet spørsmål Castberg reiser, er hvorvidt privat samtykke kan tjene som hjemmel for en inngripende forvaltningsbeslutning. Ved besvarelsen av dette rettes skarp kritikk mot en langvarig rettspraksis om manglende tilbakebetalingsrett ved av ulovlig oppkrevd skatt, som etter Castbergs oppfatning ”miskjenner legalitetsprinsippets naturlige konsekvenser i vår rett”.²⁷

Skal legalitetsprinsippet ha noen realitet, forutsettes det som nevnt at domstolene opprettholder en viss prøvingsintensitet. Castberg går imidlertid langt i å statuere selvstendige rettskildeprinsipper, og det kan spørres om termen ”legalitetsprinsippet” er gått over til også å betegne slike direktiver for dømmende makt. De siterte uttalelsene trekker i ulike retninger.

Uansett hvorledes man forstår Castberg på dette punkt, kan det fastslås at hans fremstilling gir en ganske vag rettesnor for domstolene, fjernt fra det mer bastante lovkrav

²⁵ *ibid.* s. 96–100.

²⁶ *ibid.* s. 171. Også i forhold til forvaltningsaktene kan formålsbetraktninger rettferdiggjøre unntak fra fortolkningsprinsippet, *ibid.* s. 173.

²⁷ *ibid.* s. 104.

mange av dagens teoretikere hevder. Fortolkningsprinsippets sammenligning med grl. § 96 er ikke helt vellykket. Selv om det var noe uenighet om grl. § 96 utgjorde en skranke for analogisk fortolkning av straffebud, var datidens rettsteori samstemt i at straff på grunnlag av sedvanerett eller alminnelige rettsgrunnsetninger ville være grunnlovsstridig. Castberg gjør det derimot klart at sedvanerett kan forekomme på forvaltningsrettens område, bl.a. som grunnlag for ”utvidelse av myndighetsorganenes kompetanse” eller ”offentligrettslige plikter”.²⁸ Videre uthules fortolkningsprinsippet ved at det i atskillig grad åpnes for unntak.

Castbergs normative uttalelser må også forstås på bakgrunn av fremstillingens særdeles normative formål, som kanskje medfører at ”legalitetsprinsippet” benyttes som argument i større utstrekning enn det er grunnlag for.²⁹ Innledningsvis uttales at norske domstoler på forvaltningsrettens område har vært preget av en ”privatrettslig tankegang” og at Høyesterett ikke har ”vært klar over de særegne offentligrettslige prinsipper som her måtte komme til anvendelse”. Den juridiske teoris mandat er derfor å ”påpeke det som må betraktes som brudd på vår forvaltningsretts grunnsetninger”.³⁰

Fremstillingen er i det vesentlige uendret i den senere utgave (1955).

2.2 Ross' kritikk av det materielle lovbegrep

Også den danske grunnlov konstituerer en utøvende, lovgivende og dømmende makt, uten nærmere definisjon av de enkelte kompetanseområder. Spørsmålene vedrørende lovformens nødvendighet og anvendelighet er besvart på lignende vis som i norsk rettsteori – ut fra et materielt lovbegrep betegnet som ”friheds- og ejendomsriteriet” – og også her benyttes termen ”legalitetsprinsippet”. Ross har i sin fremstilling av dansk statsforfatningsrett opponert mot læren om et materielt lovbegrep, og fremmer i den anledning en interessant omformulering av legalitetsprinsippet i et opprinnelig perspektiv. Omformuleringen har i sin rene form ikke fått særlig tilslutning, verken i norsk eller dansk

²⁸ *ibid.* s. 20–21. Heller ikke her gis noen redegjørelse for vilkårene for sedvanerett, utover en konstatering av at grunnlaget for sedvanerettsdannelse sjelden til stede på grunn av stadig skiftende ”lovstoff”, *ibid.* s. 18–19. Det gis ingen begrunnelse for at høyesterettspraksisen vedrørende ulovlig beskatning ikke aksepteres som sedvanerett.

²⁹ Castberg uttaler selv at han i fremstillingen gjør gjeldende en ”streng hevdelse av legalitetsprinsippet”, *ibid.* s. 106.

³⁰ *ibid.* s. 24–25.

rettsteori, til tross for at selve kritikken av det materielle lovbegrep har atskillig for seg. Ross' fremstilling danner likevel bakgrunn for Opsahls artikkel (avsnitt 2.6), som har hatt atskillig betydning for legalitetsprinsippets utvikling i norsk teori, og har antakelig vært en inspirasjonskilde for både den negative formulering av prinsippet (avsnitt 2.5) og Bernts rettskildemessige standard (avsnitt 2.8).

For det første anfører Ross at det materielle lovbegrepet er uten relevans for bestemmelse av den lovgivende makt, både mht. beslutningens art og hvorvidt den har et abstrakt eller singulært innhold. Dette synspunktet er ukontroversielt og i overensstemmelse med tradisjonell dansk og norsk oppfatning.³¹ For det annet hevder Ross, i strid med vanlig oppfatning, at det i utøvende makt ikke inngår noen selvstendig anordningsmyndighet. Det materielle lovbegrep har således heller ingen funksjon som en negativ avgrensning av slik kompetanse for Kongen: Den lovgivende makt er "den almindelige, grundlovsumiddelbare, retsanordnende magt" og lov er "enhver retsakt tilbleven ad lovgivningsvejen".³² All rettsanordning fra forvaltningen må etter dette standpunktet ha hjemmel i lov.³³ Ross underbygger sitt syn med at frihets- og eiendomsriteriet er meget vagt. Som eksempler nevner han beslutninger om stengetiden for offentlige kontorer og Høyesteretts organisasjon, og stiller spørsmålet om slike i tilstrekkelig grad berører borgernes rettsforhold til å anses som materiell lov.³⁴ Videre er det heller ikke historisk grunnlag for et materielt lovbegrep i den danske grunnlov – et begrep som er hentet fra tysk statsrettsteori.³⁵

"Legalitetsprinsippet" innebærer ifølge Ross således at "en udøvende akt skal have hjemmel i lov", uavhengig av beslutningens art. Hjemmelskravet retter seg imidlertid ikke nødvendigvis mot formell lov:

"[Hjemmelen] kan også foreligge stiltiende, d.v.s. som fremgående af en fortolkning, herunder eventuelt en analogislutning. Og den kan søges i anden skreven ret der selv har hjemmel, direkte eller

³¹ Som nevnt påpekte allerede Aschehoug denne svakheten ved det materielle lovbegrep.

³² Ross 1966 s. 224–228.

³³ Et unntak herfra er "regeringsmagten", dvs. grunnlovens spesielle kompetanseregler (prerogativer), som Ross betegner som den fjerde statsmakt, *ibid.* s. 240–241.

³⁴ *ibid.* s. 421.

³⁵ *ibid.* s. 422–424. Se Aschehoug II 1892 s. 98–112 for en historisk gjennomgang av det materielle lovbegrep.

indirekte, i lovanordninger og andre trinklære normer. Ja, det kan endog forekomme at hjemlen kan findes i en sædvane der har fæstnet sig og vundet anerkendelse. Pointen i legalitetsprinsippet – der uttrykker et væsentlig punkt i demokratiets politiske ideologi – er at *hjemlen aldrig kan søges i en kilde der er uafhængig af og selvstændig i forhold til folkerepræsentationen*: der findes ingen grundlovshjemlet selvstændig anordningsmagt for kongen. Også forskrifter der umiddelbart kun angår forhold indenfor ”staten” eller ”administrationen” selv er retsforskrifter og må ligesom andre retsforskrifter direkte eller indirekte have hjemmel i lov”.³⁶

Hva så med domstolskontrollen? Den foregående uttalelsen, at hjemmelen ikke kan ha et rettskildegrunnlag ”uafhængig af og selvstændig i forhold til folkerepræsentationen”, gir et ganske intetsigende direktiv – hvor anerkjent må en sedvanebasert kompetanseregulering være for å inneha et stilltiende samtykke fra lovgiver? Det nærmeste Ross kommer en klargjøring er en uttalelse om at hjemmelskravet ”varierer med omstændighetene med hensyn til uttrykkelighet, klarhet, og umiddelbarhet”, og en eksemplifiserende henvisning til senere behandling av bl.a. D. grl. §§ 71, 72 og 73.³⁷ Etter §§ 71 og 73 bestemmelsene må frihetsberøvelse og ekspropriasjon bare skje ”med hjemmel i loven” og ”ifølge lov”. Dette innebærer ifølge Ross at det kreves klar lovhome: Det alminnelige legalitetsprinsippet er ”skærpet” og ”den mere vage, ubestemte, og tvivlsomme home der kan søges i almindelige retsgrundsætninger, sædvane, og dristige analogier er udelukket”.³⁸ Etter § 72 må ransaking/beslaglegging ”hvor ingen lov hjemler en særegen undtagelse, alene ske efter en retskendelse”. Dette innebærer ifølge Ross at slike inngrep kun underligger det alminnelige legalitetsprinsipp,

”hvilket altså vil sige at homeen ikke behøver at være uttrykkelig og utvetydig, men også kan fremgå af en friere fortolkning eller søges i retssædvane og almindelige retsgrundsætninger”.³⁹

Igjen vies domstolskontrollen særdeles liten oppmerksomhet, og overlates nærmest helt ut til den alminnelige rettskildelære – selv i en meget omfattende drøftelse av

³⁶ Ross 1966 s. 238–239 (min uth.).

³⁷ *l.c.*

³⁸ *ibid.* s. 594 og 663.

³⁹ *ibid.* s. 622.

legalitetsprinsippet. Prinsippet siktemål fremstår nok en gang som en illustrasjon av grensen mellom utøvende og lovgivende makt.

Ross' senere behandling av selve forvaltningsbeslutningene står som et interessant supplement, og en viss kontrast, til drøftelsen av legalitetsprinsippet. Ross deler beslutningene i anordninger (som normerer generelle rettsforskrifter) og desisjoner (som normerer retten i en konkret situasjon). Størsteparten av behandlingen retter seg mot anordningene, men for desisjonene anføres å gjelde "principielt ganske det samme".⁴⁰

Anordninger kan ifølge Ross inndeles i fire grupper, "etter deres hjemmelsgrunnlag".⁴¹ *Bemyndigelsesanordninger* har uttrykkelig hjemmel i lov, altså i form av delegert lovgivningsmyndighet.⁴² *Anstaltsanordninger* regulerer borgernes rettsforhold til offentlige institusjoner, f.eks. skoler, sykehus og bibliotek. Disse har stilltiende hjemmel i lov ved at institusjonen er opprettet ved lov. Anstaltsanordninger betegnes av Ross som en "beklagelig anomali" i ferd med å forsvinne.⁴³ *Tjenesteanordninger* er instruks fra et overordnet til et underordnet forvaltningsorgan. Disse kan utstedes uten særlig hjemmel i lov i kraft av et over- og underordningsforhold som stilltiende impliserer en instruksjonsbeføyelse. Tjenesteanordninger forplikter kun myndighetene og kan ikke i seg selv konstituere rettsregler som borgerne kan hevde hos domstolene, men indirekte kan de ha stor betydning for den enkeltes rettsstilling.⁴⁴ *Sedvanerettsanordninger* har hjemmel i en forfatningssedvane som ikke gjelder med grunnlovskraft. Anordningsmakten eksisterer kun i ly av lovgiverens passivitet. Også slike betegnes av Ross som en anomali, oppstått ved overgangen fra eneveldet.⁴⁵

Den her omhandlede inndelingen er for det første interessant fordi den viser atskillig skepsis mot en rekke ulovfestede kompetanseregler, nemlig alle de som danner grunnlag for det Ross klassifiserer som anstalts- og sedvanerettsbeslutninger. Denne skepsisen reflekteres ikke i behandling av legalitetsprinsippet og domstolskontrollen. For det annet

⁴⁰ *ibid.* s. 513–514.

⁴¹ *ibid.* s. 472.

⁴² *ibid.* s. 473. Ross benytter delegasjonsbegrepet noe annerledes enn det som er vanlig 479–484.

⁴³ *ibid.* s. 500–502.

⁴⁴ *ibid.* s. 503–505.

⁴⁵ *ibid.* s. 506–509.

bringer inndelingen oss i stor grad tilbake til de problematiske grensene for det materielle lovbegrep. Fjernes Ross' "anomalier" står man igjen med bemyndigelsesbeslutninger og tjenestebeslutninger. Bortsatt fra bemerkningen om den stilltiende hjemmel i lov, minner sistnevnte meget om instruksener innen "statens eget rettsområde" etter den tradisjonelle lære. Grensene mellom bemyndigelses- og tjenestebeslutninger fremstår etter Ross' fremstilling som ganske uproblematisk, noe som harmonerer dårlig med hans sterke poengteringen av det materielle lovbegrepets vaghet i den tidligere fremstillingen. Etter den sterke kritikk av den tradisjonelle tvedeling er det i det hele ganske overraskende at det over flere titalls sider foretas en ny inndeling av forvaltningsbeslutninger. Hvorledes hans egne eksempler om stengetiden for offentlige kontorer og Høyesteretts organisasjon skal klassifiseres, er uklart.

2.3 Eckhoffs grunnleggende artikkel

Den første norske vitenskapelige artikkel som helt og holdent retter seg mot legalitetsprinsippet, ble skrevet av Eckhoff i TfR 1963. Her inntas et meget fritt utgangspunkt til forholdet mellom utøvende og lovgivende makt: Myndighetene har "i stor utstrekning ... valgfrihet m.h.t. hvem som skal treffe et vedtak (Kongen eller Stortinget) og m.h.t. hvilken form Stortinget skal gi sine vedtak (lov eller plenarbeslutning)".⁴⁶ De holdepunkter i grunnlovens ordlyd og forhistorie som har vært anført for et materielt lovbegrep, betegnes som "temmelig usikre".⁴⁷ Prinsipielt hevdes her altså en tredje innfallsvinkel, ved siden av Ross' og den tradisjonelle lære. Eckhoff ønsker likevel å beholde legalitetsprinsippet.⁴⁸ Sett i sammenheng med domstolskontrollen utgjør prinsippet nemlig et vern om rettens demokratiske legitimitet, og således en beskyttelse for individene:

⁴⁶ *Eckhoff TfR 1963 s. 225–226.*

⁴⁷ *ibid.* s. 233.

⁴⁸ *l.c.* Eckhoff opererer med den tradisjonelle formulering. Han noterer seg Ross' kritikk av denne, men hevder Ross' omformulering i praksis vil føre til vesentlig samme resultat.

”Både Stortinget og domstolene er mer uspesialiserte organer og tjener derfor som nyttige motvekter mot tendensene til nidkjærhet og ensidighet i forvaltningen.”⁴⁹

Også Eckhoffs fremstilling retter seg i det alt vesentlige mot legalitetsprinsippets område – altså de grenser det materielle lovbegrep setter for den utøvende makt. I motsetning til de foregående statsrettslige fremstillingene foretar Eckhoff likevel en prinsipiell drøftelse av hvorledes domstolene bør opptre innenfor dette område – hvorvidt domstolskontrollen skal være streng eller liberal. Her poengteres de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende: På den ene siden står hensynet til demokratisk legitimitet, mens på den annen står hensynet til en samfunnsmessig forsvarlig forvaltningsvirksomhet. Videre fremheves at en ”forvaltningsfiendtlig” holdning fra domstolenes side kan skape dårlige lovgivningsvaner, med vide og vage fullmakter til forvaltningen. Som en konklusjon på drøftelsen oppfordres til en gyllen middelvei:

”Domstolenes oppgave, her som på så mange andre områder, er å finne den rette balanse mellom de motstridende hensyn. Det er viktig at legalitetsprinsippet håndheves effektivt og konsekvent, men også at forvaltningens virksomhet ikke hemmes i større utstrekning enn prinsippet krever.”⁵⁰

Eckhoff gir inntrykk av at han ikke finner det hensiktsmessig å fastlegge konkrete, normative føringer for domstolskontrollen. Det gjøres overhodet ikke noe forsøk på å oppstille skranker, f.eks. i form av et strengt fortolkningsprinsipp (slik Castberg hevder). Det konstateres at sedvanerett og utvidende/analogisk fortolking i en viss grad har vært akseptert, uten at det tas klart stilling til hvorvidt en slik praksis bør forekomme.⁵¹

I drøftelsen av den utøvende makts grenser analyserer Eckhoff en rekke konkrete rettsdannelser i forvaltningspraksis. I tråd med hans syn på legalitetsprinsippets historiske grunnlag og formål preges analysene av interesseavveininger fremfor materiell

⁴⁹ *ibid.* s. 231.

⁵⁰ *ibid.* s. 232–233.

⁵¹ *ibid.* s. 228.

klassifisering, hyppige henvisninger til rettspraksis og moderate standpunkter. Kritik av rettspraksis og sterkt normative påstander forekommer ikke.⁵²

Det største nybrottsarbeid er nok at drøftelsen strekkes utover *konstitusjonell* myndighet, til kompetanser av *privatretslig* karakter. Således behandles spørsmålet om grensene for det offentliges eierrådighet og avtalefrihet, samt i hvilken grad samtykke kan gi tilstrekkelig grunnlag for frihetsinnskrenkninger.⁵³ De hensyn som her tilsier begrensninger tilsvarer ifølge Eckhoff de som begrunner legalitetsprinsippet, og en felles behandling er derfor berettiget.⁵⁴

Ved siden av å danne grunnlag for overprøving av rettslige beslutninger, har legalitetsprinsippet etter Eckhoffs oppfatning også en *annen* betydning for domstolene; nemlig ved bedømmelsen av om de selv trenger hjemmel i lov for sine ”egne avgjørelser”.⁵⁵ Denne domstolsrettede siden av legalitetsprinsippet omtales slik:

”I straffesaker gjelder et strengt legalitetsprinsipp som innebærer at ingen kan dømmes til straff uten hjemmel i formell lov (jfr. GrL. § 96). I sivile saker kan derimot andre rettskilder (f.eks. sedvaner) tjene som erstatning for lovhjemmel. Det forekommer også at domstolene treffer avgjørelser som utvilsomt må sies å ”gripe inn i privatfolks rettssfære” uten å påberope seg noen hjemmel i det hele tatt – eller under påberopelse av en mer eller mindre fingert hjemmel (f.eks. en fjern analogi eller et ”alminnelig rettsprinsipp”). ... [H]elhetsinntrykket er utvilsomt at domstolene har tillatt seg selv langt større frihet enn de har innrømmet forvaltningsorganene.”⁵⁶

Anførselen om en annen betydning av legalitetsprinsippet harmonerer etter min mening dårlig med Eckhoffs øvrige fremstilling. Under drøftelsen av domstolenes overprøving skiller Eckhoff tilsynelatende terminologisk mellom ”legalitetsprinsippet”, som retter seg

⁵² Som eksempler på rettsdannelser kan nevnes en resolusjon om skrivemåten av stedsnavn (*ibid.* s. 247–249), gebyrer for påbudte eller nødvendige offentlige tjenester (s. 280–284), frister i forbindelse med forvaltningens saksbehandling (s. 258), bestemmelser om stengetider (s. 260), vilkår ved begunstigende forvaltningsvedtak basert på fritt skjønn (s. 236–244) og instruksbaserte regeldannelser ved fritt skjønn (s. 261–270).

⁵³ *ibid.* s. 270–279 og 253–256. Privat samtykke blir også behandlet i *Castberg 1938* s. 107, men ikke i samme bredde.

⁵⁴ *Eckhoff TfR 1963* s. 285. Denne delen av Eckhoffs drøftelse var en vesentlig inspirasjon for den senere negative formulering av prinsippet, se avsnitt 2.5.

⁵⁵ Dette må vel forstås å omfatte alle avgjørelser hvor domstolene statuerer inngripende pliktregler som ikke baserer seg på gyldige beslutninger.

⁵⁶ *ibid.* s. 227–228.

mot utøvende og lovgivende makt, og ”domstolskontrollen”, som fremstår som en separat problemstilling. Overprøvingen anføres ikke å basere seg på en prinsipielt forskjellig rettskildebruk enn etter den alminnelige rettskildelære – snarere tvert imot. På denne bakgrunn er det underlig at Eckhoff reiser spørsmål om et lovkrav som en *annen side* av ”legalitetsprinsippet”. Videre er det merkverdig at lovkravet reises som en *atskilt problemstilling* for domstolenes ”egne avgjørelser”. Skal det oppstilles et rettskildemessig lovkrav bør dette ta utgangspunkt i de endelig statuerte pliktreglers *karakter*. Om pliktreglene defineres på selvstendig grunnlag eller i forbindelse med domstolskontroll, bør være irrelevant. Domstolene kan tenkes å på ”egenhånd” statuere ulovfestede, inngripende pliktregler av forvaltningsrettslig karakter, og det er neppe grunn til å stille andre eller strengere krav her enn hvor pliktregelen er kommet til uttrykk i en forvaltningsbeslutning med tvilsomt hjemmelsgrunnlag.

Legalitetsprinsippets *reelle* betydning som lovkrav blir dessuten helt fraværende i Eckhoffs artikkel. Utover grl. § 96 anføres ingen konkrete skranker for domstolenes rettsanvendelse, og på denne bakgrunn er det merkverdig at spørsmålet om et lovkrav overhodet reises.

Lovkravet i grl. § 96 er, så vidt jeg kan se, aldri betegnet som et ”legalitetsprinsipp” i verken juridisk teori eller rettspraksis før Eckhoffs artikkel.⁵⁷ I etterfølgende teori er dette derimot vanlig. Karakteristikken er naturlig nok i fremstillinger hvor legalitetsprinsippet nettopp presenteres som et lovkrav, men forekommer også i fremstillinger med et mer tradisjonelt, forfatningsrettslig utgangspunkt.⁵⁸ Her ser man en interessant utvikling i Johs. Andenæs’ *Statsforfatningen i Norge*, hvor en uttalelse om at legalitetsprinsippet ”ikke [er] slått fast i en bestemt grunnlovsparagraf” fra og med 4. utgave (1976) regelrett er erstattet med en konstatering av at ”[e]nkelte anvendelser av legalitetsprinsippet er slått fast i grunnloven selv, f.eks. § 96 om at ingen kan dømmes uten etter lov”.⁵⁹

⁵⁷ Verken i *Skeie 1946*, *Andenæs, J. 1956*, den tidligere omtalte statsrettslige litteratur, eller den rettskildeteoretiske litteratur som omtales i avsnitt 3.1.

⁵⁸ Jf. bl.a. *Frihagen 1968* s. 164, *Helset/Stordrange 1998* s. 124 og *Bernt/Rasmussen 2003* s. 23. Også i rettspraksis forekommer slik betegnelse, jf. f.eks. Rt. 1968.959.

⁵⁹ Henholdsvis *Andenæs, J. 1945* s. 156 og *Andenæs, J. 1976* s. 184. I sistnevnte er det også tilføyd en kort drøftelse av hvorvidt sedvanerett kan hjemle inngripende beslutninger og i hvilken grad utvidende/analogisk tolking av kompetansebestemmelser kan godtas.

2.4 Fleischers plassering av legalitetsprinsippet i en større rettskildemessig kontekst

Som en siste representant for det opprinnelige perspektiv på legalitetsprinsippet, skal det redegjøres for Fleischers behandling av prinsippet i hans lærebok om juridisk metode (1998). Denne er interessant av flere grunner. For det første presenteres det opprinnelige perspektiv på en mer helhetlig måte i sammenheng med rettskildelæren forøvrig. For det annet avvises uttrykkelig grl. § 96 som et utslag av prinsippet, og det rettes direkte kritikk mot det rettskildemessige perspektiv.

Ifølge Fleischer innebærer legalitetsprinsippet at "*nye byrder for borgerne* bare kan fastsettes ved formell lov".⁶⁰ Prinsippet er imidlertid ingen hindring for ulovfestede rettsregler av inngripende karakter: "Avgjørelsen av hvilke rettsregler som gjelder i det norske samfunn til enhver tid, beror på den vanlige rettskildelære."⁶¹ Nøkkelen til forståelse ligger etter Fleischers oppfatning i en tankegang om "konstatering av allerede gjeldende rett".⁶² Ulovfestede rettsregler eksisterer som gjeldende rett forut for statueringen hos domstolene, og finnes ganske enkelt ved korrekt bruk av rettskildelæren.⁶³ Ettersom rettskildefaktorer gjerne endrer seg med tiden, vil også gjeldende rett endre seg. Slike endringer i rettskildebildet kan medføre økte byrder for borgerne uten at rettsendringen bygger på et lovvedtak, men dette er ikke i strid med legalitetsprinsippet.⁶⁴ Prinsippet innebærer imidlertid at domstolene ikke har anledning til å foreta noen "bevisst rettsendring" – de kan kun "*konstatere* den rett som gjelder i øyeblikket". Bare Stortinget (og den som har fått tildelt lovgivende makt) kan endre rettstilstanden bevisst.

Fleischers synspunkter illustreres ytterligere i kritikken av det han kaller en "[u]holdbar sammenblanding av strafferettens ordning (Grl. § 96) med det generelle legalitetsprinsipp":

⁶⁰ *Fleischer 1998* s. 162. Beslutninger som utelukkende gir borgerne økte rettigheter eller som er innenfor "statens eget rettsområde" kan vedtas på annen måte, *ibid.* s. 164–165.

⁶¹ *ibid.* s. 165.

⁶² *ibid.* s. 167–169.

⁶³ *ibid.* s. 57 og 388.

⁶⁴ Som eksempel nevnes utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret.

”Hos enkelte juridiske forfattere finner vi den etter min oppfatning klare misforståelse at legalitetsprinsippet bare gjelder på visse rettsområder. Disse forfattere nevner strafferetten som et eksempel. Samtidig føyer de til noe om forvaltningsretten og dens regler om inngrep overfor borgerne.”⁶⁵

Grl. § 96 er ”*noe annet og mer spesielt enn det alminnelige legalitetsprinsipp*”.⁶⁶ På strafferettens område har domstolene ikke anledning til å konstatere noen gjeldende rett overhodet, uten hjemmel i formell lov. Utenfor dette området gjelder intet lovkrav, men Fleischer presiserer at det likevel er begrenset hvilke rettsregler som reelt sett lar seg konstatere ulovfestet:

”[Svært ofte er det bare] en teoretisk mulighet å ”konstatere” bestemte typer rettsregler og bestemte plikter for individene på grunnlag av ”uskreven rett”. Vi *har* således stort sett ikke noen sedvanerett i Norge som gir hjemmel for at myndighetene kan pålegge individene konkrete plikter uten hjemmel i formell lov. Dette er situasjonen, selv om konstateringen av slike rettsregler teoretisk godt kunne finne sted uten hinder av Grl. § 96 eller det alminnelige legalitetsprinsipp. ... Teoretisk kunne vi godt hatt sedvaneregler om hjemmel for det offentlige til å kreve ekspropriasjon.”⁶⁷

For å sette Fleischers uttalelser i sin rette sammenheng er det nødvendig med en kort redegjørelse for hans oppfatning av rettskildefaktoren ”reelle hensyn”. Han betoner meget kraftig de reelle hensyns vekt i rettsanvendelsen, med uttalelser som at de er ”alle rettskilders og rettsreglers mor” og utgjør ”nærmest halvparten av rettskildelæren”.⁶⁸ Dette må forstås på bakgrunn av at Fleischer legger en meget vid forståelse til grunn for uttrykket ”reelle hensyn”, til å omfatte formålsbetraktninger så vel som samtlige grunnhensyn vårt rettssystem bygger på.⁶⁹ Utover dette oppfatter han også hensynene som i stor grad objektivt konstaterbare – de reelle hensyn er ”tungtveiende *i seg selv*”.⁷⁰ Synspunktet

⁶⁵ *ibid.* s. 171. De forfattere Fleischer sikter til er bl.a. Carsten Smith, Aasland og Andenæs, se nærmere avsnitt 2.7.

⁶⁶ *l.c.*

⁶⁷ *ibid.* s. 172.

⁶⁸ *ibid.* s. 26 og 369.

⁶⁹ jf. *ibid.* s. 71 om formålsbetraktninger. I forhold til grunnhensynene fremgår dette mer implisitt av hans omtale av ”reelle hensyn”.

⁷⁰ *ibid.* s. 370.

illustreres særlig klart i beskrivelsen av to typer ”feilvurderinger” av reelle hensyn. Den ene er når en jurist har ”*generelle særoppfatninger angående viktige hensyn* – f.eks. slik at han vurderer miljøhensyn ... som *mindre betydningsfulle* enn det som kan anses som akseptabel rettskildebruk og rettsanvendelse.⁷¹ Den annen er den som knytter seg til enkeltspørsmål, ”enten fordi vedkommende jurist ikke har sett eller forstått de reelle hensyn, eller fordi han ikke gir disse hensynene tilstrekkelig vekt i den rettskildemessige vurdering.”⁷²

Etter Fleischers oppfatning utgjør således ikke ”rettsskapende virksomhet”, ulovfestet rett og innslag av reelle hensyn noe subjektivt usikkerhetsmoment i forhold til rettsanvendelse for øvrig. Det blir lite behov for skranker i form av lovkrav o.l., både ved domstolskontroll etter legalitetsprinsippet og ellers – en korrekt rettskildebruk og forståelse av reelle hensyn vil gi individene tilstrekkelig vern mot statsmakten. En uttalelse om utvidende og analogisk fortolkning er illustrerende:

”[Det kan] være grunn til å være varsom. Spesielt gjelder det dersom personer som har innrettet seg etter lovens ordlyd, kan få ubehagelige overraskelser når myndighetene (og spesielt domstolene) tolker loven utvidende. De kan da faktisk ha gått i en ”felle” om de har stolt på loven. I slike situasjoner har vi ofte et viktig argument – *et vesentlig reelt hensyn* – mot en utvidelse. Dette kommer litt an på omstendighetene. Det er ikke alltid at det å ”balansere på kanten av loven” blir ansett som beskyttelsesverdig. I de fleste tilfeller er det imidlertid helt i sin orden.”⁷³

2.5 De negative formuleringer av legalitetsprinsippet

2.5.1 Smiths og Eckhoffs negative formuleringer

Som nevnt påpeker både Aschehoug og Ross den svakhet ved et materielt lovbegrep at det ikke avgrenser lovgivende makt positivt, men utøvende makt negativt. Etter Eckhoffs belysning av ”privatrettslig” kompetanse som grunnlag for inngripende rettslige beslutninger, må det da ha fremstått som nærliggende å skifte perspektiv fra når

⁷¹ *ibid.* s. 369–370 og 377–380.

⁷² *ibid.* s. 373.

⁷³ *ibid.* s. 143 (min uth.).

forvaltningen *mangler* selvstendig kompetanse, til når den *har* sådan. Denne tankegangen er utgangspunktet for Eivind Smiths artikkel i TfR 1978, hvor det presenteres en *negativ* formulering av legalitetsprinsippet.

Smiths grunnleggende tese er at ”norsk rett krever hjemmel for alle disposisjoner av inngripende karakter som skal foretas overfor andre”.⁷⁴ Også utenfor legalitetsprinsippets område trengs det et rettslig kompetansegrunnlag for heteronome beslutninger. I forhold til hvorledes dette generelle hjemmelskravet best kan kartlegges, uttaler Smith:

”I dag er det vanlig å begynne med legalitetsprinsippet. Da vil de områder hvor mindre kvalifiserte grunnlag er tilstrekkelige, lett representere tvilsomme avvik som synes vanskelige å begrunne. Problemene vil se annerledes ut hvis man velger det motsatte utgangspunkt. Inngrep kan svært ofte foretas på andre typer rettslige grunnlag enn slike som legalitetsprinsippet primært skulle kreve. Det er bare når privatautonomi, f.eks. i form av et ”samtykke”, eller organisasjons- og instruksjonsmyndighet *ikke* strekker til at mer kvalifiserte former, f.eks. hjemmel i formell lov, er nødvendig. På denne måten blir området for legalitetsprinsippet et *restproblem*.”⁷⁵

Den tradisjonelle formuleringen av prinsippet underkommuniserer altså både det generelle hjemmelskrav og øvrige kompetansegrunnlag, mens en. Ved en negativ tilnærming bringes disse forholdene frem i lyset. Smiths uttalelse må antakelig forstås slik at ”privatautonomi” og ”organisasjons- og instruksjonsmyndighet” *uttømmende* angir kompetanse utenfor legalitetsprinsippet. Fra disse kan det så negativt slutes til prinsippets område, som reelt sett neppe er ment å omfatte særlig annet enn etter de tradisjonelle formuleringer.⁷⁶

Omformuleringen medfører ifølge Smith også en ytterligere avklaring; nemlig legalitetsprinsippets aktive og passive subjekter. Formulert som et restproblem i et generelt hjemmelskrav er det ingen personelle grenser for hvem som er bundet av, og hvem som er beskyttet av, prinsippet.⁷⁷ Alle rettssubjekter er avhengig av kompetanse for inngripende

⁷⁴ Smith, E. TfR 1978 s. 672.

⁷⁵ *ibid.* s. 673.

⁷⁶ En forskjell blir det nok likevel hvis ”privat autonomi” ikke anses å omfatte heteronom kompetanse etter eierrådighet og visse begrensede rettigheter. Det tradisjonelle legalitetsprinsippets hjemmelskrav rettet seg antakelig kun mot konstitusjonell kompetanse, og all ”privatretslig” kompetanse må i så fall omfattes av de positivt angitte grunnlag. Den nevnte heteronome kompetansen omtales ikke i Smiths artikkel, og det er uklart hvorvidt han anser den å omfattes av restkategorien eller ”privat autonomi”.

⁷⁷ *ibid.* s. 673–687.

beslutninger, både mellom offentlige og private rettssubjekter innbyrdes og overfor hverandre.

Domstolenes kompetanse står likevel etter Smiths fremstilling ”utenfor” den negative formuleringen av legalitetsprinsippet. I forhold til prinsippets personelle grenser uttales:

”Det antas også at prinsippet setter grenser for domstolenes kompetanse. Men ut over formelt fastsatte krav om at dom må ha grunnlag i lov – som det i grl. § 96 – opptrer domstolene ofte svært fritt i forhold til et slikt krav. På dette punkt kan det derfor settes et spørsmålsteget ved selve anvendeligheten av et ulovfestet legalitetsprinsipp. Like nærliggende kan det imidlertid være å knytte domstolenes kompetanse til f.eks. grl. § 88 og fast etablert sedvanerett, slik at hjemmelskravene kan anses oppfylt”.⁷⁸

Grl. § 88 og sedvanerett tilfredsstiller riktignok her det generelle hjemmelskravet, men sier i seg selv ingenting om grensene for dømmende makt. Smith gjør ikke noe forsøk på å statuere konkrete skranker for domstolene, verken ved overprøving av øvrige rettssubjekters kompetanse etter ”restkategorien” eller ved selvstendig statuering av pliktregler. I sin innledende beskrivelse av den positive formulering av legalitetsprinsipp poengteres tvert imot de terminologiske vanskene ved å operere med lovkrav, ettersom det ikke er noen skarp grense mellom lovfestet og ulovfestet rett. Videre påpekes at rettspraksis har akseptert sedvanerett og andre ”løse” hjemmelsgrunnlag for inngripende forvaltningsbeslutninger, og at et krav om lov etter dette er ”nokså flytende”.⁷⁹

I Eckhoffs forvaltningsrettslige fremstilling (1978) videreutvikles Smiths negative formulering.⁸⁰ I tillegg til ”privat autonomi” og ”organisasjons- og instruksjonsmyndighet” opererer Eckhoff også med ”grunnlovens spesielle kompetanseregler” og ”sedvanerettslig grunnlag for kompetanse”.⁸¹ Disse grunnlagene må i Smiths fremstilling antas å omfattes av restkategorien, som Eckhoff på en mer konkret måte betegner som ”lov”.

⁷⁸ *ibid.* s. 673–674.

⁷⁹ *ibid.* s. 665–669 og 672–673.

⁸⁰ *Eckhoff 1978* s. 143.

⁸¹ Førstnevnte omfatter ”alle andre kompetanser enn de som danner grunnlag for Regjeringens myndighet til å organisere og instruere og til å binde staten ved avtale (§§ 3 og 26) og Stortingets myndighet til å gi lover og grunnlover (§§ 75 a og 112)”, *ibid.* s. 144, mens sistnevnte eksemplifiseres med politiets generalfullmakt,

Vedrørende legalitetsprinsippets betydning for domstolene, gjentar Eckhoff mer eller mindre sin egen uttalelse i TfR 1963. Nok en gang skilles det mellom overprøvingen av andre rettssubjekters beslutninger og domstolenes ”egne avgjørelser”. I forhold til sistnevnte utgjør lovkravene i grl. §§ 96 og 99 skranker, men ellers ”stilles ikke andre krav til domstolene enn de som følger av rettskildeprinsippene”.⁸² Noen avsnitt senere konstateres igjen grl. § 96 som et utslag av ”legalitetsprinsippet”. Her er det imidlertid en interessant endring i 7. utgave, revidert av Eivind Smith, hvor setningen om grl. § 96 er fjernet i en for øvrig vesentlig uendret kontekst.

Eckhoffs fremstilling har også et eget underkapittel om tolking av kompetansebestemmelser, hvor det uttales:

”Men man kan ikke stille opp som et alminnelig prinsipp at slike lover [som gir myndighet til forvaltningsorganer] alltid bør tolkes så snevert som mulig. ... Det er ikke noe ufravikelig vilkår at hjemmelen fremgår klart av lovens ordlyd. Her som ellers må også andre rettskildefaktorer tas i betraktning, og de kan i visse tilfelle tilsi utvidende eller analogisk tolking – eller eventuelt at man anser en lov for å gi hjemmel forutsetningsvis.”⁸³

Som eksempel på forutsetningsvis hjemmel nevnes bestemmelsesrett under opphold ved tvungen innesperring i fengsler og anstalter.

2.5.2 Kritikken av de negative formuleringer

De negative formuleringer har fått atskillig kritikk i juridisk teori. Tilhengere av et rettskildemessig perspektiv reiser naturlig nok den innvending at formuleringene i liten grad gir direktiv for inngripende pliktreglers rettskildefundament. Den negative slutning medfører at nyanserte vurderinger av rettskildefundament innen legalitetsprinsippets

forvaltningens myndighet til omgjøring av vedtak og til å sette vilkår, og nødrettskompetanse, *Eckhoff 1992* s. 142.

⁸² *Eckhoff 1978* s. 139.

⁸³ *Eckhoff 1992* s. 165.

område må foretas atskilt, eventuelt som et annet aspekt ved prinsippet.⁸⁴ Riktignok gir heller ikke positive formuleringer av typen ”inngrep i borgernes rettssfære må ha hjemmel i lov” – forstått fra et rettskildemessig perspektiv – noen detaljert angivelse av et lovkravs styrke. Her har man likevel i det minste en henvisning til momentet ”inngrep” for hjemmelsvurderingen, og denne fremstår som en integrert del av hjemmelskravet. Videre er de negative formuleringer helt uegnet som skranker for offentligrettslige pliktregler som ikke baserer seg på rettslige beslutninger, mens slike lettere lar seg innpasse i positiv formuleringer.

Den klareste innvending av denne art kommer nok fra Hopsnes og Solberg, som oppfatter de negative formuleringer som et avvik fra et rettskildemessig lovkrav legalitetsprinsippet helt siden Aschehougs dager har ment å illustrere.⁸⁵ Mer moderat kritikk fremmes av Bernt, som hevder formuleringen atskiller problemstillinger som bør ses i sammenheng.⁸⁶ I 5. og 6. utgave av *Statsforfatningen i Norge* anser også Johs. Andenæs den negative formuleringen som uheldig, ettersom problemstillingen ikke er ”den samme i privatretten som i den offentlige rett”.⁸⁷

En imøtegåelse av denne kritikken er kort og godt at legalitetsprinsippet etter den negative formulering ikke er ment å rette seg direkte mot dømmende makt, men å kartlegge rettssystemets øvrige kompetanser. Dette må etter min mening også anses mest i samsvar med den tradisjonelle formuleringens opprinnelige siktemål, noe flere teoretikere gir uttrykk for når de uttaler at den ene formulering like gjerne kan benyttes som den annen.⁸⁸

En annen innvending mot de negative formuleringer er at de skaper det Bernt kaller en ”forestilling om en rettskildelærens ”indre by” – et avgrenset område hvor det

⁸⁴ Dette er særlig fremtredende i Smiths formulering, hvor hjemmelskravet kun beskrives som ”mer kvalifiserte former, f.eks. hjemmel i formell lov”. I *Smith, E. JV 1982* s. 230–231 etterlyses dog ytterligere diskusjon om ”hjemmelsbestemmelseres innhold og bærekraft”, spesielt den i forvaltningsrettslige litteratur.

⁸⁵ *Hopsnes/Solberg JV 2005* s. 103–104. Se nærmere avsnitt 2.8.

⁸⁶ *Bernt 1982* s. 515.

⁸⁷ I senere utgaver er uttalelsen fjernet, og Andenæs synes å anse formuleringene som reelt sett likestilte, jf. *Andenæs, J. 2004(a)* s. 171.

⁸⁸ Jf. bl.a. *Helset/Stordrange 1998* s. 123 og *Backer 2002* s. 126. Det er nok likevel den forskjell at den tradisjonelle formulering kun retter seg mot ”offentligrettslig”/konstitusjonell myndighet.

forutsetningsvis gjelder andre regler og prinsipper enn i rettskildelæren for øvrig”.⁸⁹ Det anføres at formuleringen medfører en oppspalting av rettskildebildet, i motsetning til den mer dynamiske holdning etter moderne rettskildelære. En tilsvarende innvending reises av Boe, som hevder muligheten for mellomformer mellom ”lov” på den ene siden og ”privat autonomi” og ”organisasjons- og instruksjonsmyndighet” på den annen.⁹⁰

I forhold til Eckhoffs skille mellom kompetansegrunnlagene ”lov” og ”sedvanerett” er Bernts kritikk etter min mening berettiget.⁹¹ I eldre rettskildeteori ble sedvanerett anført som en egen rettskilde, undertiden som den eneste ved siden av lov.⁹² Det var imidlertid langt fra enighet om betingelsene for en sedvanerettsdannelse. Dette ble særlig påpekt av Augdahl, som i stedet oppfordret til en mer skjønnsmessig vurdering av den enkelte sedvanes vekt ved konstatering av gjeldende rett – en fremgangsmåte som stemte med domstolenes egen metode.⁹³ I Eckhoffs egen fremstilling av rettskildelæren er den eldre lære om sedvaneretten, med tilslutning til Augdahl, presentert som forlatt.⁹⁴ På denne bakgrunn fremstår utskillelsen av sedvanerett som eget kompetansegrunnlag som underlig.⁹⁵

Eckhoffs skille gir inntrykk av at han nærmest anser de sedvanerettslige grunnlagene som anomalier i rettssystemet – enkeltstående, ulovfestede kompetanseregler av en art som vårt moderne rettssystem neppe vil oppleve nye forekomster av. I den forbindelse kan det spørres om de reglene Eckhoff nevner er så selvstendige og unike at de fortjener en egen kategori. Politiets generalfullmakt ble i 1995 lovfestet i politiloven § 7. Forvaltningens kompetanse til å treffe omgjøringsvedtak er i det vesentligste lovfestet i fvl. § 35. I hvilken grad en vil anse henvisningen til de resterende ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” i

⁸⁹ Bernt 1982 s. 514. Kritikken retter seg særlig mot Eckhoffs formulering, og får tilslutning i Hopsnes/Solberg JV 2005 s. 102.

⁹⁰ Boe JV 1983 s. 160–163.

⁹¹ Tilsvarende skille hos Graver 2002 s. 74 og 246.

⁹² Jf. bl.a. Aubert 1877 s. 18–19, Gjelsvik 1912 s. 24–25 og Platou 1915 s. 2. En streng tvedeling av rettskildene var på vei ut allerede fra begynnelsen av 1900-tallet, se avsnitt 3.1, men selve sedvanerettsbegrepet holdt seg lengre.

⁹³ Augdahl 1949 s. 216–228.

⁹⁴ Eckhoff 1971 s. 223–226.

⁹⁵ Tilsvarende Boe JV 1983 s. 164.

femte ledd som en lovfesting av slike, er nok en smakssak.⁹⁶ Vedrørende forvaltningens adgang til å stille tyngende vilkår ved begunstigende vedtak basert på fritt skjønn, kan det for det første spørres i hvilken grad dette er utslag av *forvaltningens* kompetanse. Rent formelt er vilkår en del av vedtaket, men reelt har den private part normalt frihet til å velge om han vil avstå fra det begunstigende vedtak eller akseptere det med de medfølgende vilkår.⁹⁷ Vilkårene hviler m.a.o. mer på autonom kompetanse fra den private part enn heteronom kompetanse fra forvaltningen. For det annet kan det spørres om eventuell kompetanse er utslag av en selvstendig, ulovfestet regel, eller om den fremgår av den konkrete delegasjonsbestemmelse.⁹⁸ Endelig er det nødrettskompetanse, hvoretter et statsorgan under eksepsjonelle forhold kan utøve myndighet som ordinært tilhører et annet statsorgan. Nødrettskompetanse utgjør et unntak fra den alminnelige ordning konstitusjonen legger til grunn, og det kan derfor virke unaturlig å betegne denne som en sedvanerettsdannelse innenfor det alminnelige rettssystem.⁹⁹ Sammenfattes de vurderinger som her er gjort, kan det (uavhengig av den terminologiske ulempen) synes unødvendig å operere med en egen kategori for ”sedvanerettsgrunnlag” – i hvert fall på basis av de eksempler Eckhoff nevner.

Bortsett fra forholdet mellom ”lov” og ”sedvanerett”, har Bernts og Boes innvendinger etter min mening lite for seg. Grunnlagene ”organisasjons- og instruksjonsmyndighet” og ”privat autonomi” må forstås å sikte til grunnleggende og selvstendige kompetanseregler utenfor det tradisjonelle legalitetsprinsippets område, ikke bare til et eller annet ubestemt kompetanseinnhold.¹⁰⁰ I den grad det er naturlig å drøfte kompetanseutøvelse med utgangspunkt i disse kompetansereglene, er det ikke i seg selv forstyrrende at

⁹⁶ Tilsvarende *Kraby JV* 1996 s. 154. For en redegjørelse av den tidligere rettstilstand som § 35 (5) henviser til, jf. *Frihagen LoR* 1970, særlig s. 334–338.

⁹⁷ Tilsvarende *Hopsnes/Solberg JV* 2005 s. 108.

⁹⁸ Ifølge *Frihagen* 1968 s. 169 kan vilkårlæren ”med vel så stor grunn drøftes som spørsmål om lovtolkning ... uten forankring i legalitetsprinsippet”, og *Andenæs, J. 2004(a)* s. 170 legger uttrykkelig en slik synsvinkel til grunn. Slike betraktninger tar antakelig utgangspunkt i en ”mer til det mindre” tankegang i forhold til forvaltningens frihet til å la være å treffe vedtak, begrenset av læren om utenforliggende hensyn. *Graver* 2002 s. 278 hevder at en slik tankegang ikke er tilstrekkelig for å begrunne adgangen.

⁹⁹ Verken *Smith TjR* 1978 eller de statsrettslige fremstillinger *Castberg* 1935 s. 470–480, *Helset/Stordrange* 1998 s. 86–90 og *Andenæs, J. 2004(a)* s. 424–429 behandler nødrett i tilknytning til legalitetsprinsippet.

¹⁰⁰ Jf. *Bernt* 1982 s. 514 og *Boe JV* 1983 s. 161.

kompetansens grense er uklar eller at det øvrige rettskildebildet kan innskrenke dens rekkevidde.

For så vidt gjelder ”organisasjons- og instruksjonsmyndighet”, knyttes dette i Eckhoffs fremstilling direkte til grl. § 3, og sikter ikke til annet enn den konstitusjonelle kompetanse som etter tradisjonell lære tilligger Kongen på ”statens eget rettsområde”.¹⁰¹ Som det fremgår av Ross’ fremstilling og Eckhoffs artikkel i TfR 1963 kan grensene for denne være noe uklar. Utgangspunktet må være at beslutninger må treffes av og rettes mot enheter som etter sitt organisatoriske grunnlag tilhører statsforvaltningen. Videre kan beslutningene som hovedregel ikke direkte skape grunnlag for pliktregler som retter seg mot ikke-statlige rettssubjekter. En konsekvens av dette bør være at den enkelte tjenestemanns og embetsmanns plikt til etterlevelse av instruks – hvoretter forsømmelse bl.a. kan medføre sanksjoner etter tjml. §§ 14 til 16 – teoretisk hjemles i ansettelsesavtale eller eksterne rettsregler, fremfor i selve beslutningen etter grl. § 3.^{102 103}

”Privat autonomi” defineres av Smith som kompetansen til å ”skape rettslige bånd for seg selv”, herunder disponere over egne goder og rettigheter.¹⁰⁴ I Eckhoffs fremstilling omfatter grunnlaget også heteronom kompetanse i medhold av eiendomsrett og begrensede rettigheter.¹⁰⁵ Selvbestemmelsesrett og eierrådighet utgjør helt grunnleggende og selvstendige elementer i vårt rettssystem. Kompetansene er negativt avgrensede og elastiske – det er begrensninger som krever særskilt begrunnelse. På denne bakgrunn er det naturlig å fremstille dem atskilt fra rettssystemets øvrige ikke-konstitusjonelle kompetanseregler, som egne utgangspunkter for hjemmelsvurderinger. Det er også naturlig å presentere kompetansene i et felles grunnlag, sammen med kompetanse i medhold av

¹⁰¹ *Eckhoff 1992* s. 141 og 148–150. *Smith TfR 1978* s. har en videre oppfattelse av grunnlaget, i større grad avgrenset ved kompetansens art og utvidet til å omfatte kommunalforvaltningen, jf. også *Eckhoff/Smith 2003* s. 316–317. *Bernt 1982* s. 517 synes å forstå grunnlaget slik at det omfatter bestemmelsesrett over privatpersoner i helse- og sosialinstitusjoner – et område hvor også samtykke og forutsatt lovhjemmel gjerne anføres som aktuelle grunnlag. Oppfattet slik vil forholdet til øvrige grunnlag være uryddig og negative slutninger til legalitetsprinsippets område vanskeliggjøres. Bernts kritikk vil i så fall ha mer for seg.

¹⁰² Slik også *Hopsnes/Solberg JV 2005* s. 124 og *Bernt/Rasmussen 2003* s. 22.

¹⁰³ Stortingets instruksjons- og organisasjonsmyndighet etter konstitusjonell sedvane (parlamentarisme) må avgrenses på tilsvarende vis, og bør fremstilles i sammenheng med grl. § 3 som et ”felles” kompetansegrunnlag. Muligens bør også tilsvarende kompetanseutøvelse i kommunalforvaltningen inkluderes i grunnlaget, selv om slik vel så gjerne kan omfattes av restkategorien. Det siste vil nok være mest i samsvar med den tradisjonelle formuleringen.

¹⁰⁴ *Smith 1978* s. 670.

¹⁰⁵ *Eckhoff 1992* s. 141. Som nevnt er det uklart hvorledes Smith klassifiserer slik heteronom kompetanse.

posisjoner (begrensede rettigheter) direkte avledet fra dem.¹⁰⁶ At avgrensingen av kompetanse i det konkrete tilfelle kan by på atskillig tvil, på bakgrunn av det øvrige rettskildet bildet, og dermed vanskeliggjøre negative slutninger til restkategorien, endrer ikke på dette.¹⁰⁷

2.6 Opsahls domstolsrettede legalitetsprinsipp

I de følgende avsnitt skal det ses nærmere på fremstillinger med et utpreget rettskildemessig perspektiv på legalitetsprinsippet. Grunnlaget for slike tilnærminger ble nok for en stor del lagt av Opsahls annen artikkel i TfR 1962, hvor førsteutgaven av Ross' statsrettslige fremstilling ble kommentert.

I forhold til Ross' kritikk av det materielle lovbegrep og omformulering av legalitetsprinsippet, bemerker Opsahl at synspunktene ”i det vesentlige [synes] å fortjene tilslutning” og stort sett må ”kunne overføres også på norske forhold”.¹⁰⁸ Opsahl vil likevel ikke forkaste det materielle lovbegrep helt. Selv om Ross' omformulering gir et dekkende prinsipp for forholdet mellom utøvende og lovgivende makt, har lovbegrepet nemlig en viss betydning i forhold til individets innsigelser overfor domstolene:

”Læren [om et materielt lovbegrep] får mening god nok bare den presiseres i positiv retning: Meningen blir at individet på dette område kan kreve lovhjemmelen påvist (til domstolenes tilfredshet) når inngrepet berører ham”.¹⁰⁹

Opsahl erkjenner imidlertid at det materielle lovbegrep ikke gir særlig veiledning i forhold til spørsmålet om hjemmelskravets styrke, og resten av fremstillingen vies til dette. Det vises til Ross' uttalelser om et varierende hjemmelskrav, bl.a. for frihetsberøvelse, ekspropriasjon og ransaking/beslagleggelse. Selv om det i Ross' formulering ikke er noe

¹⁰⁶ Det kan imidlertid spørres om betegnelsen ”privat autonomi” er heldig som en fellesbetegnelse, ettersom deler av kompetansen er heteronom, jf. *Boe JV* 1983 s. 157–158.

¹⁰⁷ Særlig forvaltningens adgang til heteronome disposisjoner i kraft av eierrådighet og autonome disposisjoner over offentlig myndighet kan være tvilsom, jf. bl.a. *Eckhoff/Smith* 2003 s. 319–320 og 381–398 og *Graver* 2002 s. 220 og 225–243.

¹⁰⁸ *Opsahl TfR* 1962 s. 370.

¹⁰⁹ *ibid.* s. 376–377.

holdepunkt for når formell lov er nødvendig, synes rettsreglenes *innhold* å ha vesentlig betydning for hjemmelskravet.¹¹⁰ Dette stemmer overens med Opsahls egne vurderinger, og han avslutter med følgende oppsummering:

”Det er en jevn overgang fra tilfelle hvor en kan si at kravet om lovhjemmel opprettholdes, selv om det er noe ubestemt, til de situasjoner hvor kravet nærmest oppgis. Fra en konstatering av uttrykkelig hjemmel, via utvetydig, forutsatt eller analogisk hjemmel, til alminnelige rettsgrunnsetninger, må det erkjennes at de myndigheter som normerer retten i den konkrete situasjon, har en betydelig beslutningsfrihet. Domstolenes frihet i rettsanvendelsen oppfattes vel tradisjonelt som større enn forvaltningsmyndighetenes.¹¹¹

...

Man verken vil eller kan utelukke at det ved siden av den formelle lovgivning i mange situasjoner må anerkjennes andre rettskilder (sedvane, praksis) og metoder i rettsanvendelsen (analogi, forholdets natur osv.), som likevel antas å tilfredsstille legalitetsprinsippet, eller ”rettsstatens idé”.

...

Snart er det et ”skjerpet”, snart et vagere legalitetsprinsipp det gjelder. Detaljene kan ikke utledes av selve prinsippet, verken i Ross’ versjon eller den mer tradisjonelle. Men bestemmelsenes innhold er i alle tilfelle ... en avgjørende faktor ved plasseringen av enkelttilfelle i den ene eller annen kategori. Både hvilke goder som berøres, og hva inngrepene består i, er av stor betydning, og det spiller nok også en rolle hva slags organ spørsmålet foreligger for, især om det er en domstol eller et forvaltningsorgan.”¹¹²

I den sist siterte uttalelsen er termen ”legalitetsprinsippet” gått over til å bli et relativt rettskildeprinsipp. Prinsippet illustrerer ikke lenger (bare) den utøvende makts begrensninger, men stiller krav til rettskildegrunnlaget ved normeringer av retten i det konkrete tilfelle. Opsahls uttalelser om betydningen av hvilket organ spørsmålet foreligger for må videre forstås slik at prinsippet ikke begrenser seg fastleggelsen av

¹¹⁰ *ibid.* s. 378–379.

¹¹¹ Som Opsahl påpeker i en fotnote, definerer Ross dømmende makt som ”den definitive makt til å normere retten i en konkret situasjon”. Utelukkes kriteriet om definitivitet, omfattes også forvaltningens enkeltvedtak.

¹¹² *ibid.* s. 381–382.

forvaltningsbeslutningers hjemmelsgrunnlag og innhold, men også retter seg mot domstolenes selvstendige statuering av inngripende pliktregler.¹¹³

2.7 Legalitetsprinsippet som et offentligrettslig lovkrav

Som en videreførelse av Opsahls synspunkter er det blitt vanlig å definere legalitetsprinsippet som et lovkrav for inngripende rettsregler på et *avgrenset område* – gjerne den offentlige rett – og av og til med en tilføyelse om relativitet. Nedenfor skal tre av de tidligste avgrensinger av prinsippet behandles. Den første har gitt grunnlag for debatt mellom representanter for de ulike perspektiver, mens de to siste harmoniserer dårlig med øvrige fremstillinger av de samme teoretikere.¹¹⁴

Carsten Smiths artikkel i TfR 1964 var antakelig den første fremstilling som eksplisitt avgrenset legalitetsprinsippet til bestemte rettsområder. Smith argumenterer her for at domstolene i atskillig utstrekning må kunne statuere rettsregler på grunnlag av folkeretten. Den eneste skranke er legalitetsprinsippet. Smith viser først til lovkravet i grl. § 96, og uttaler:

”Likeledes må det som en alminnelig regel kreves formell lov hvor forvaltningsorganene griper inn i den såkalte ”borgernes rettssfære”. Det er her i den nyeste diskusjon omkring legalitetsprinsippet blitt påvist at kravet til lovhjemmelens karakter og styrke må nyanseres alt etter inngrepets art; [note: henvisning til *Opsahl TfR 1962* s. 377 flg.] men en folkerettsregel vil utvilsomt ikke alene være tilstrekkelig på dette felt. ... Men for øvrig er det knapt noen realitet i legalitetsprinsippet i dag når det gjelder domstolenes avgjørelser av rettsspørsmål i sin alminnelighet, selv om disse angår rettsområder som tradisjonelt har vært ansett som borgernes ”egen rettssfære”. Det bør være nok å minne om den

¹¹³ Opsahls artikkel medførte ingen vesentlige endringer i Ross fremstilling av legalitetsprinsippet, til tross for at Ross i forordet til 2. utgave (1966) uttaler at artikkelen har bevirket at verket ”på en række punkter er blevet revideret eller ... uddybet”.

¹¹⁴ Av nyere fremstillinger som presenterer legalitetsprinsippet som et lovkrav på avgrensede områder, kan nevnes *Andenæs, M. H. 1997* s. 91, *Eckhoff 2001* s. 313 (Helgesen), og *Nygaard 2004* s. 64 og 255. Også i nyere fremstillinger med et mer tradisjonelt utgangspunkt er det vanlig å oppfatte prinsippet slik at det utgjør et rettskildeprikk eller lovkrav, ved siden av å illustrere utøvende makts begrensninger, jf. *Frihagen 1991* s. 117, *Kraby JV 1996* s. 154–156, *Skjerdal JV 2001* s. 344–345 og *Andenæs, J. 2004(a)* s. 167. Se også *Zimmer 2001* s. 52.

frihet våre domstoler har tiltatt seg til å avgjøre spørsmål på grunnlag av ”sakens natur” innen hele formuesretten.”¹¹⁵

Smiths avgrensing av legalitetsprinsippet er kraftig imøtegått av Fleischer, som hevder prinsippet gjelder generelt.¹¹⁶ Høyesterettsdommer Aasland har meldt seg inn i debatten, til støtte for Smiths avgrensning, og uttaler:

”En anvendelse av legalitetsprinsippet på formuesrettens område ville vel måtte bety at ”inngrep” overfor den ene part i en formuerettslig tvist krevde lovhjemmel. Jeg har imidlertid vanskelig for å se hva dette nærmere skulle innebære. ... Den stadig raskere utvikling innenfor mange livsområder skaper en rekke nye konflikter, som det ikke er lett for lovgiveren å holde tritt med. Det ville neppe føre til rimelige resultater om parter og domstoler alltid skulle være henvist til å vente på lovregulering.”¹¹⁷

Det er ikke vanskelig å se at uenigheten mellom fraksjonene i stor grad beror på ulikt perspektiv, og antakelig også ulik oppfattelse av uttrykkene ”reelle hensyn” og ”domstolenes rettsskapende virksomhet”. Når Fleischer hevder at legalitetsprinsippet gjelder på formuesrettens område er dette ikke et uttrykk for at domstolene her trenger lovhjemmel for alle inngripende rettsregler, men at bevisste rettsendringer må komme fra lovgiverhold. Domstolenes virksomhet er etter Fleischers oppfatning kun en ”konstatering av allerede gjeldende rett”, selv når rettsregler statueres alene på grunnlag av reelle hensyn eller sedvaner. Etter Smiths og Aaslands oppfatning er nok anvendelse av reelle hensyn i større grad en bevisst og selvstendig rimelighetsvurdering hos dommeren, knyttet isolert til utfallet i den konkrete sak, og et stort innslag av slike vurderinger vil innebære en virkelig rettsskapende virksomhet. Legalitetsprinsippet innebærer en skranke for slik virksomhet, i form av et lovkrav, som ifølge Aasland medfører at manglende lovhjemmel vil være ”direkte avgjørende for løsningen av ... rettsspørsmål” på forvaltningsrettens område.^{118 119}

¹¹⁵ *Smith, C. TjR 1964 s. 368–369.*

¹¹⁶ Se avsnitt 2.4.

¹¹⁷ *Aasland JV 2000 s. 168–169.*

¹¹⁸ *ibid.* s. 167.

¹¹⁹ Uenighet i teorien om hvorvidt domstolenes virksomhet er rettsskapende er ikke av ny dato, jf. *Eckhoff 2001 s. 208–209*. Platou og Hagerup kan virke illustrerende. Platou står i sin oppfattelse av ”sakens natur” ganske nær Fleischers objektivt konstaterbare ”reelle hensyn”. Likevel inntar han det standpunkt at

Som nevnt betegner Eckhoff lovkravet i grl. § 96 som et utslag av legalitetsprinsippet, både i artikkelen i TfR 1963 og i den forvaltningsrettslige fremstillingen. Utenfor grl. § 96 (og § 99) anføres domstolene derimot å stå ganske fritt for ”egne” avgjørelser – i hvert fall utgjør ikke legalitetsprinsippet noen skranke. I Eckhoffs rettskildeteoretiske fremstilling hevdes imidlertid prinsippet å sette ytterligere grenser for dømmende makt, i form av et utvidet lovkrav:

[Legalitetsprinsippet] har først og fremst betydning som begrensning av forvaltningsorganenes myndighet, men visse skranker setter det også for domstolene. ... Inngrep av typisk forvaltningsmessig karakter må nok ... domstolene anses avskåret fra (hvis de ikke har lovhjemmel til det). De kan f.eks. ikke pålegge innbyggerne i en kommune å delta i rydnings- og gjenreisningsarbeider etter en naturkatastrofe – selv om aldri så sterke grunner taler for at det burde gis et slikt pålegg. Men ellers er det tvilsomt om legalitetsprinsippet setter noen grense for domstolenes handlefrihet.¹²⁰

Ved siden av tilsynelatende motstridende uttalelser, forsterkes her den dårlige harmonien mellom grl. § 96 som utslag av legalitetsprinsippet og Eckhoffs øvrige behandling av prinsippet – særlig etter den negative formulering. Termen ”legalitetsprinsippet” får to betydninger: I den ene betegner det et avgrenset lovkrav og en skranke for domstolenes kompetanse, og i den annen betegner det tilfeller hvor øvrige rettssubjekter er avhengige av særskilte rettsregler for å oppnå kompetanse. Uoverensstemmelsen videreføres i de senere utgavene av *Forvaltningsrett* og *Rettskildelære*.¹²¹

domstolene ”skaber ny Ret” ved sin utfylling av positiv rett, jf. *Platou 1915* s. 101–103. Hagerup synes å være mer i overensstemmelse med Aasland i synet på at utfylling skjer ved en selvstendig vurdering hos dommeren, men hevder likevel at domstolene ikke har noen virkelig ”rettskapende” myndighet. Den konkrete utfylling blir nemlig ikke automatisk en del av retten, men kan alene danne utgangspunkt for en sedvanemessig rettsdannelse, jf. *Hagerup TfR 1915* s. 70. Se også *Astrup Hoel 1925* s. 70.

¹²⁰ *Eckhoff 1971* s. 185–186. Eksempelen er ”lånt” fra *Augdahl 1949* s. 47–48. Her hevdes samme resultat, men ut fra en konkret vurdering av relevante hensyn.

¹²¹ I *Eckhoff 1987* kapittel 5 avsnitt IV, og etterfølgende utgaver, er det også tilføyd et nytt avsnitt om utvidende tolking og analogi på ”legalitetsprinsippets område”, hvor både grl. § 96 og ”forvaltningsmessige inngrep” drøftes.

I *Innføring i rettsstudiet* (1979) behandler også Johs. Andenæs legalitetsprinsippet som et avgrenset lovkrav. Utenfor grl. § 96 retter lovkravet seg mot offentligrettslige plikter, og tilfeller hvor slike er akseptert på ulovfestet grunnlag omtales nærmest som anomalier:

”I en viss utstrekning er sedvanerett godtatt som grunnlag for plikter overfor det offentlige, men det har ikke stor praktisk betydning. Når det gjelder *nye* plikter eller *nye* inngrep, kreves det lovhjemmel. ... Stillingen er en annen utenfor det område hvor legalitetsprinsippet gjelder. Her har domstolene en friere stilling. På privatrettens område finnes det ikke noe krav om hjemmel i lov for å anerkjenne rettigheter eller plikter.”¹²²

Uttalelsen harmonerer dårlig med Andenæs’ statsrettslige fremstilling av legalitetsprinsippet, hvor fokus ligger på utøvende makts begrensninger.¹²³ I den statsrettslige fremstillingen er Andenæs også langt mindre villig til å avvise sedvanerett som substitutt for lov.¹²⁴ Den siterte uttalelsen er uendret i senere utgaver.

2.8 Bernts rettskildemessige standard

I forbindelse med Eckhoffs negative formulering av legalitetsprinsippet ble Bernts kritikk av denne som en ”indre by” i rettskildelæren beskrevet. Her skal hans egen, ganske radikale, vinkling av prinsippet omtales nærmere.

Bernt oppfatter, i likhet med teoretikerne i det foregående avsnitt, det tradisjonelle legalitetsprinsipp som et lovkrav – med prinsippet ”suspenderes den alminnelige rettskildelæres mer frie holdning til rettskildespørsmålet”.¹²⁵ Ifølge Bernt er det praktisk viktige likevel ikke at det kreves hjemmel i lov, men spørsmålet om når slik hjemmel foreligger. For besvarelse av dette kommer klart nok både Ross’, Eckhoffs og Smiths formuleringer av legalitetsprinsippet til kort, men heller ikke de tradisjonelle formuleringer er tilfredsstillende i så måte. Dette ble, som tidligere vist, påpekt allerede av Opsahl. For

¹²² Andenæs, J. 1979 s. 96–97.

¹²³ Dette gjelder særlig i forhold til 4. til 6. utgave av *Statsforfatningen i Norge* (1976, 1981, 1986), hvor prinsippet om at ”materiell lov må ha formell lovs form” fremstilles som en del av legalitetsprinsippet. Se også *Fleischer 1998* s. 171.

¹²⁴ Andenæs, J. 2004(a) s. 168–169. Som nevnt uttrykkes hjemmelskravet i 1. til 3. utgave (1945, 1948, 1962) mer ubestemt som ”gjeldende rett”, fremfor ”formell lov”, jf. Andenæs, J. 1945 s. 156.

¹²⁵ Bernt 1982 s. 513 og 510.

sin egen definisjon av prinsippet viderefører Bernt den rettskildemessige standarden Opsahl la grunnlag for, men lar den også få anvendelse for heteronome beslutninger utenfor det tradisjonelle legalitetsprinsipps område:

”[Man kan tenke seg] legalitetsprinsippet ikke som en særregel for rettskildebruken på et bestemt positivt eller negativt avgrenset område, men som en generell rettskildemessig standard eller retningslinje – en alminnelig regel om at *jo sterkere innslag av heteronom kompetanse det er tale om å legge i en kompetanseregulering, jo mer bastant må det rettskildemessige grunnlag for denne være.*”¹²⁶

Det vendes her altså tilbake til Ross’ ”monistiske” vinkling av hjemmelskravet, men med et rettskildemessig perspektiv.¹²⁷ Etter Bernts oppfatning gjør de samme vurderinger av seg gjeldende for heteronom kompetanse på begge sider av de grenser et materielt lovbegrep legger til grunn, og et skille er derfor unødvendig.¹²⁸ Den grunnleggende tese er at de rettskildemessige krav til hjemmelsgrunnlag utgjør en ”*kontinuerlig glideskala*”, som bl.a. vil variere med den aktuelle kompetanses ”inngrepende karakter overfor borgeren”.¹²⁹ I den ene enden av skalaen kreves særlig klar hjemmel i lov, mens i den annen ende vil det dominerende hjemmelsgrunnlag være ”*formålsbetraktninger* med utgangspunkt i vedkommende organs plass og funksjon i forvaltningsapparatet”.¹³⁰

I tillegg til å utvide hjemmelskravets område, lar Bernt den rettskildemessige standarden også omfatte skranker som tradisjonelt behandles som selvstendige i forhold til legalitetsprinsippet. Dette gjelder bl.a. harmonisering av kompetanseregler med ”uttalte eller forutsatte skranker i lovgivningen”, og de grenser myndighetsmisbrukslæren og vilkårs læren setter for utøvelse av diskresjonær kompetanse.¹³¹ Alt beror etter Bernts oppfatning på vurderinger av kompetanseregelens heteronome innslag, tilsvarende hjemmelsvurderinger etter det tradisjonelle legalitetsprinsipp.

¹²⁶ *ibid.* s. 515–516 (min uth.).

¹²⁷ *ibid.* s. 519.

¹²⁸ Som eksempler på heteronom kompetanseutøvelse utenfor et tradisjonelt legalitetsprinsipps område, nevnes ordensregler innen helse- og sosialinstitusjoner og begrensninger i offentlige tjenestemenns ytringsfrihet, *ibid.* s. 517.

¹²⁹ Bernt 1982 s. 521 (min uth.).

¹³⁰ *l.c.* (min uth.).

¹³¹ *ibid.* s. 516–520.

Den vesentligste innvending mot Bernts formulering av legalitetsprinsippet er at det blir svært vagt og altomfattende, og dermed lite anvendelig som redskap i juridisk argumentasjon. Dette innser også Bernt selv, og fremstillingen dreier tidvis mer mot en kritikk av selve legalitetsprinsippet fremfor en omformulering av det. Det uttales at det tradisjonelle prinsippet har ”klare trekk av begrepsjurisprudens”,¹³² og artikkelen avsluttes med følgende spørsmål:

”Kanskje tiden er inne til å begrave denne ærverdige rettslige figur og erstatte den med en mer helhetlig beskrivelsesmodell for rettskildebruken i den offentlige rett?”¹³³

I denne sammenheng kan det også hevdes at vurderingene etter Bernts rettskildemessige standard i realiteten er mer komplekse enn det man får inntrykk av ved kriteriet ”innslag av heteronom kompetanse”. Ved siden av beslutningens isolert sett inngripende karakter, bør det bl.a. også tas i betraktning behovet for kompetanseutøvelsen samt hvor forberedt de rammede måtte være på inngrep av en slik art. Dette svekker standardens anvendelighet teoretisk modell ytterligere.¹³⁴

I ett henseende trekker Bernt en snevrere ramme rundt sin standard enn de fleste øvrige tilhengere av et rettskildemessig perspektiv; den utgjør ingen skranke for de pliktregler domstolene statuerer på selvstendig grunnlag. I forlengelsen av dette problematiseres heller ikke domstolenes håndtering av rettslige beslutninger. Beslutningenes innhold antas tilsynelatende for gitt, og prinsippet begrenses til en gyldighetsvurdering ut fra den underliggende kompetanseregulering.

Bernts synspunkter har ikke fått gjennomslag i senere juridisk teori. Til tross for dette uttaler han i et senere verk:

¹³² *ibid.* s. 521.

¹³³ *ibid.* s. 523.

¹³⁴ Bernt gir ingen redegjørelse for hvorledes autonom kompetanseutøvelse fra de rammedes side, f.eks. i form av et samtykke, kommer inn ved vurderingen. Antakelig anses vel dette som en reduserende faktor for ”innslag av heteronom kompetanse”, fremfor en del av det rettskildemessige grunnlaget for kompetansereguleringen.

”Legalitetsprinsippet var opprinnelig en statsrettslig maktfordelingsgaranti, en regel som fastslo Stortingets enerett til å opptre som lovgiver. Dette ble først konvertert til et krav om særlig rettslig grunnlag for myndighetsutøvelse overfor borgerne – et krav om at slike inngrep må ha særskilt hjemmel i lov. Dermed utviklet det seg til en lære om strengere og mer spesifiserte krav til slik hjemmel; at denne må være ”klar” ved mer alvorlige inngrep. Idag har prinsippet etter hvert fått karakter av en standardmessig rettskilderegulering som danner grunnlag for innskrenkende tolkning av forvaltningens fullmakter også i situasjoner hvor det basale krav om hjemmel i lov klart nok er oppfylt, for eksempel når det oppstilles særlige rettslige skranker for bruk av tyngende tilleggsvilkår i forvaltningsvedtak til gunst for borgeren, eller i form av skjerpede saksbehandlingskrav i situasjoner hvor inngrepsmomentet er særlig sterkt.”¹³⁵

Legalitetsprinsippet har altså, etter Bernts oppfatning, utviklet seg ganske lineært gjennom fire faser. Den første sikter til de eldre statsrettslige verker, og den siste til Bernts egen artikkel i 1982. De mange moderne fremstillinger som fremdeles benytter termen ”legalitetsprinsippet” om Stortingets enerett til å opptre som lovgiver, skulle etter dette være anakronismer.¹³⁶

2.9 Hopsnes og Solbergs ”nyansering” av det offentligrettslige lovkrav

I en artikkel på over 70 sider i JV 2005 gir Hopsnes og Solberg det foreløpig siste offentliggjorte innspill til diskusjonen rundt legalitetsprinsippet. Også disse forfatterne har et rettskildemessig perspektiv på prinsippet, og deres konklusjoner er i stor grad en nyansering av det avgrensede lovkrav omtalt i avsnitt 2.7. Det må fremheves at forfatterne foretar sin drøftelse med den oppfatning at legalitetsprinsippet alltid har statuert et unntak fra den alminnelige rettskildelæren:

¹³⁵ Bernt/Doulet 1998 s. 238.

¹³⁶ Dette gjelder bl.a. Fleischer 1998, de negative formuleringer i Eckhoff/Smith 2003 og Graver 2002, og i stor grad også de statsrettslige fremstillingene i Andenæs, J. 2004(a), Boe 1993 og Helset/Stordrange 1998. I Bernt/Rasmussen 2003 s. 23–24 synes imidlertid Bernt selv å legge til grunn en mer tradisjonell, ”statsrettslig” forståelse av termen.

”Når det tradisjonelle legalitetsprinsipp krevde at ”inngrep” fra det offentlige i den private rettssfære hadde lovbestemmelse i ”bunnen” av rettsnormen, inneholdt legalitetsprinsippet et skjerpet krav til rettskildefundament i forhold til rettskildelærens alminnelige krav.”¹³⁷

Dette er etter min mening feilaktig. Som nevnt kan man ikke lese særskilte rettskildeteoretiske synspunkter inn i de eldre statsrettslige fremstillingene – først på 1960-tallet ble legalitetsprinsippet fra enkelte hold formulert med et rettskildemessig fokus.¹³⁸ Forfatternes oppfatning medfører at tidligere teoretikere tillegges meninger det neppe er dekning for. Videre presenteres den negative formuleringen som et unntak fra en langvarig og konsekvent forståelse, hvor de rettskildemessige vurderingene ”trekkes ut av prinsippet”.¹³⁹

Forfatterne fastslår ganske ukontroversielt at rettskildeprinsippet skal gi vern mot visse typer inngripende pliktregler som rammer private rettssubjekter.¹⁴⁰ Den nærmere avgrensning av de aktuelle pliktreglene er mer spesiell. Først utelukkes alle ”indirekte plikter”, som saksbehandlingsfrister og tyngende vilkår ved begunstigende vedtak.¹⁴¹ Deretter begrenses prinsippet til pliktregler som griper inn i ”borgerens formelle frihet og rettigheter i formuesgoder”. Denne avgrensingen bygger på et sitat av Aschehoug om at borgernes ”Handlefrihed og Rettigheder” bare kan innskrenkes ved lov. Dette oppfattes av forfatterne som de opprinnelige ”vernede posisjoner”, og det foretas en historisk analyse av Aschehougs begreper.¹⁴²

Med ”formuesgoder” sikter forfatterne til goder som ”har økonomisk verdi, ... er omsettelige og kan overføres ved frivillige disposisjoner”¹⁴³ – noe som tilsynelatende

¹³⁷ *Hopsnes/Solberg JV 2005* s. 100.

¹³⁸ Søk i Lovdata etter ”legalitetsprinsippet” bekrefter dette. Her angis termen første gang benyttet i rettspraksis på 1960-tallet, nærmere 30 år etter at den først ble lansert. Den første høyesterettsavgjørelse hvor det i domgrunnene henvises til ”legalitetsprinsippet”, er Rt. 1967.524.

¹³⁹ *ibid.* s. 103–104.

¹⁴⁰ *ibid.* s. 105–109. En viss reservasjon tas for offentlige organer med interesser tilsvarende private.

¹⁴¹ *ibid.* s. 108.

¹⁴² *ibid.* s. 110–117 og *Aschehoug II 1892* s. 119. Som nevnt beror slutningene som her trekkes, etter mitt syn, på en villfarelse. Sitatets kontekst viser at Aschehoug kun søker å illustrere et enkeltutslag av lovformens nødvendighet for utøvelse av heteronom, konstitusjonell kompetanse.

¹⁴³ *Hopsnes/Solberg JV 2005* s. 111.

utelukker goder som førerkort, brev og bilder med kun affeksjonsverdi, strengt personlige servitutter og odelsretter.

Med ”formell frihet” sikter forfatterne til individers alminnelige ”handle-, tanke- og ytringsfrihet”.¹⁴⁴ Dette omfatter imidlertid ikke den ”reelle frihet” dagens velferdssamfunn tilstår individer – frihet de selv ikke kan opprettholde uten velferdsytelser. Pliktregler som griper inn tildelte velferdsytelser eller som reduserer rettskrav på slike, rammes altså ikke av prinsippet. Det samme standpunkt inntas m.h.t. innvilgede dispensasjoner og rettskrav på slike.¹⁴⁵ Forfatternes begrunnelse for å utelukke disse posisjonene fra ”legalitetsprinsippet” vern, er bl.a. at prinsippet bør begrenses til ”en kjerne, som dermed kan stå sterkt”.¹⁴⁶ Posisjonene står uansett ikke uten beskyttelse; den alminnelige rettskildelæren og omgjøringsslæren setter skranker, og dessuten kan

”[d]e verdier som ligger bak legalitetsprinsippet ... uansett trekkes inn som relevante momenter i rettsanvendelsesprosessen uavhengig av om prinsippet gis direkte anvendelse.”¹⁴⁷

Disse siste uttalelsene er illustrerende for forfatternes avgrensing av prinsippet til konkrete utvalgte pliktregler, fremfor en avgrensing basert på de underliggende verdier som tilsier et særskilt rettskildefundament. Dette gjør forfatternes oppgave langt enklere, ettersom det alltid vil kunne henvises til en tilsvarende verdivurdering for inngripende pliktregler utenfor prinsippet.

Ifølge forfatterne må det gjøres ytterligere ”unntak” fra prinsippet der pliktreglene har grunnlag i ”selvbestemmelsesretten” eller ”den frie partsautonomi”.¹⁴⁸ Det første begrepet omfatter etter forfatternes terminologi organisasjons- og instruksjonsmyndighet i stat og kommuner. Pliktregler basert på slik kompetanseutøvelse utgjør likevel ikke noe egentlig unntak fra legalitetsprinsippet: Reglene vil nemlig kun indirekte påvirke borgernes formelle

¹⁴⁴ *ibid.* s. 81.

¹⁴⁵ *ibid.* s. 113–118. I forhold til dispensasjoner gjøres det meget vesentlige unntak at dersom slike utvider den formelle frihet eller rettigheter i formuesgoder, er de beskyttet av prinsippet. Så vidt jeg kan se omfatter dette unntaket så godt som *alle* dispensasjoner, ettersom disse normalt gjør unntak fra et forbud eller påbud som innskrenker forfatternes ”vernede posisjoner”.

¹⁴⁶ *ibid.* s. 117.

¹⁴⁷ *ibid.* s. 114–115.

¹⁴⁸ *ibid.* s. 121–126.

frihet, og av denne grunn utløses ikke prinsippet.¹⁴⁹ Et reelt unntak er derimot pliktregler basert på private rettssubjekters samtykke eller beslutninger med hjemmel i det offentliges avtalefrihet og rettigheter i formuesgoder. Forfatterne er enige med tidligere teori at det for myndighetsutøvelse på slike grunnlag er behov for skranker, men unngår å ta nærmere stilling til problemstillingene ved å kort konstatere at slike skranker ikke er utslag av legalitetsprinsippet.

Forfatterne nærmer seg her i realiteten den negative formuleringen av legalitetsprinsippet som de selv så sterkt kritiserer, og deres synspunkter harmonerer dårlig med deres tilslutning til Bernts kritikk av denne som en ”indre by” i rettkildelæren.¹⁵⁰

I beskrivelsen av hvorledes rettskildeprinsippet virker, fastslår forfatterne at det primært retter seg mot ”kompetansenormer” ved å stille kvalitative krav til disse – det utgjør et ”gyldighetskriterium for etablering av pliktnormer”. Når det er fastslått at en kompetansenorm hjemler den aktuelle pliktnormen, virker prinsippet dessuten også inn på tolkningen av pliktnormen, forutsatt at denne verner offentlig interesser:

”Dersom domstolene skulle anvende et legalitetsprinsipp ved tolkning av alle pliktnormer, ville det eksistert et generelt lovkrav. ... Legalitetsprinsippet gjelder altså bare for tolkning av visse typer pliktnormer. ... Hvor det er spørsmål om å tolke *pliktnormer som gjelder avveining mellom to private interesser*, er det liten fare for at domstolene ... trekker inn usaklige hensyn eller vektlegger hensyn på uønsket måte. ... Det er altså bare hvor det er spørsmål om å tolke pliktnormer som pålegger private plikter *av hensyn til det offentlige* at det kan være grunn til å oppstille et legalitetsprinsipp.”¹⁵¹

Forfatternes terminologi og beskrivelse av rettsanvendelsesprosessen er etter min mening lite tilfredsstillende på dette punkt. For det første benyttes uttrykket ”pliktnorm” både om utslaget av kompetanseutøvelse, og om noe domstolene ”tolker” for å komme frem til gjeldende rett generelt (også utenfor de tilfeller der avgjørelsen bygger på en rettslig beslutning). Her hadde det nok vært bedre å benytte uttrykket ”rettslig beslutning”

¹⁴⁹ Her omtaler forfatterne i realiteten grensen for det materielle lovbegrep, som i tidligere juridisk teori har vært gjenstand for atskillig problematisering. Etter deres oppfatning er grensen tilsynelatende ganske klar, og i en fremstilling på over 70 sider spanderes kun én side på emnet.

¹⁵⁰ *ibid.* s. 102.

¹⁵¹ *ibid.* s. 127–128.

om det førstnevnte, og ganske enkelt ”pliktregele” om den ferdige rettsregel domstolene til slutt anvender.¹⁵²

For det annet er det vanskelig å se hva det skulle innebære at domstolene først skulle overprøve den rettslige beslutning (pliktnormen) i forhold til kompetanseregelen, for deretter å fastlegge det nærmere innhold av beslutningen (tolking av pliktnormen). Skal domstolskontrollen beskrives teoretisk er det nok snarere det motsatte som er tilfelle: Først fastlegges den pliktregel som den rettslige beslutningen i den konkrete sak antyder som gjeldende rett, og deretter overprøves beslutningen med dette innhold i forhold til den fastlagte kompetanseregel.¹⁵³

For det tredje kan det spørres om forfatterne i sin beskrivelse heller burde fokusert på pliktreglene. Det er pliktregler, ikke kompetanseregler, domstolene normalt anvender som *direkte* grunnlag for sine slutninger.¹⁵⁴ Det avgjørende må være om pliktreglene har et tilstrekkelig rettskildefundament – om de baserer seg på rettslige beslutninger eller ikke, er i seg selv irrelevant. Med en slik omskriving blir det sentrale spørsmål om pliktreglene verner offentlige interesser, og man nærmer seg de fremstillinger som hevder et lovkrav avgrenset til den ”offentlige rett”.

Endelig drøftes kravet til særskilt rettskildefundament. Det tradisjonelle legalitetsprinsipp innebærer etter forfatternes oppfatning at kun lovtekst er relevant rettskildefaktor.¹⁵⁵ Med henvisning til rettspraksis, og dens aksept av sedvaner og analogier, konstateres det likevel at et slikt krav ikke kan opprettholdes fullt ut:

”Ingen av rettskildefaktorene kan nok utelukkes som primærgrunnlag for en hjemmel. Men hensynene bak legalitetsprinsippet tilsier et *skjerpet kvalitativt krav til rettskildefundament* for inngripende tiltak.

¹⁵² I dommer som Rt. 1952.1217, som forfatterne nevner som eksempel, er det kunstig å si at domstolene ”tolker” noen pliktnorm.

¹⁵³ Ved enkeltvedtak vil den rettslige beslutningen være tilpasset et konkret faktum og det vil sjelden være behov for å ”tolke” beslutningen – spørsmålet blir alene om det forelå tilstrekkelig kompetanse for beslutningen. Den nevnte fremgangsmåten har mer for seg ved overprøving av forskrifter, men foregår neppe så skjematisk i praksis.

¹⁵⁴ Rettspraksis åpner riktignok i en viss grad for at spørsmål om rettslige kompetanseforhold kan ha rettslig interesse etter tvml. § 54, jf. bl.a. Rt. 1957.860, Rt. 1967.1270, Rt. 1995.1823 og Rt. 1998.300.

¹⁵⁵ *ibid.* s. 131.

I vår fremstilling blir da legalitetsprinsippet ikke et relevanskrav, men et rettskildeprinsipp som påvirker *slutning* fra og *vekting* av rettskildefaktorene.¹⁵⁶

Forfatterne foretar også den velkjente relativisering av hjemmelskravet, med utgangspunkt i inngrepets art og intensitet.¹⁵⁷

Som en konklusjon på den omfattende drøftelsen, retter forfatterne følgende anbefaling til formuleringen av legalitetsprinsippet:

*”Legalitetsprinsippet krever at normeringer som utgjør inngrep i private rettssubjekts formelle frihet og rettigheter i formuesgoder har hjemmel i en rettsnorm med særlig kvalifisert rettskildefundament. ... Prinsippet stiller kvalitative krav til kompetansenormer, og styrer tolkningen av dem. Det styrer også tolkningen av pliktnormer i den grad disse er gitt i offentlig interesse. ... Som den klare hovedregel krever rettsregler på legalitetsprinsippets område klar hjemmel i lovbestemmelse eller bestemmelse gitt i medhold av lovbestemmelse eller i provisorisk anordning.”*¹⁵⁸

¹⁵⁶ *ibid.* s. 133.

¹⁵⁷ *ibid.* s. 143–145.

¹⁵⁸ *ibid.* s. 151–152.

3 Hensiktsmessigheten av et offentligrettslig lovkrav

3.1 Behov for et normativt direktiv i det praktiske rettsliv

I del 2 er det vist at en rekke teoretiske fremstillinger tillegger termen ”legalitetsprinsippet” et rettskildemessig innhold, hvorefter det (med visse variasjoner) oppstilles et lovkrav for offentligrettslige pliktregler. Den første problemstilling i del 3 er hvorvidt rettssamfunnet har et reelt behov for et slikt normativt direktiv. Et grunnleggende spørsmål i så måte er om domstolenes metodikk i det hele tatt lar seg påvirke av uttalelser i juridisk teori, men dette lar seg vanskelig besvare på generell basis. Spesielt i forhold til et offentligrettslig lovkrav, tilsier likevel observasjoner av rettspraksis og teori at behovet for et slikt ikke er særlig fremtredende.

Helt siden de første årene etter 1814 har lovgivningsmyndighet blitt delegert, og i tilnærmet like lang tid har domstolene ført legalitetskontroll med offentlige beslutninger.¹⁵⁹ Etter å ha studert over 120 avgjørelser av Høyesterett og kjæremålsutvalget, fra midten av 1800-tallet til i dag, er mitt inntrykk at domstolskontrollen har vært ganske konsekvent.¹⁶⁰ Eldre rettspraksis synes ikke å ha hatt en mer lempelig holdning i overprøvingen enn den som er i dag. Videre er inntrykket at kontrollen gjennomgående er streng. Det er få tilfeller av klar utvidende tolking av delegasjonsbestemmelser og rettslige beslutninger, eller anerkjennelse av ulovfestet heteronom kompetanse. Tilsvarende er det få avgjørelser hvor domstolene på selvstendig grunnlag har statuert inngripende pliktregler av en offentligrettslig art. Enkelte avgjørelser skiller seg likevel ut, hvorav følgende bør fremheves:

¹⁵⁹ Som eksempler på tidlig domstolskontroll kan nevnes Rt. 1857.357, Rt. 1868.608, Rt. 1869.729, Rt. 1873.605 og Rt. 1888.481.

¹⁶⁰ Utvalget er basert på henvisninger i gjennomgått juridiske litteratur, samt egne søk i Lovdata.

- I Rt. 1922.494 ble det fastslått at grunneierne i Kristiania hadde plikt til renhold av fortau utenfor sine eiendommer på grunnlag av ”hævdvunden retsopfatning”. Ansvar var nærmere regulert i politianordning, men selve den ”materielle hjemmel” var ulovfestet. Forsømmelse ble straffet etter strl. § 339 nr. 2. I Rt. 1967.524 ble en tilsvarende ulovfestet renholdsplikt konstatert for Bergen.¹⁶¹
- I Rt. 1929.221 og Rt. 1935.1088 ble det på ulovfestet grunnlag fastslått at fingeravtrykk kunne avkreves siktede i straffesak, i det øyemed å skaffe bevis.¹⁶²
- I Rt. 1973.87 var det spørsmål om flat eller progressiv beskatning av gevinst ved aksjesalg. Lovens ordlyd var uklar. Førstvoterende, med tilslutning fra én dommer, avgjorde saken i den private parts disfavør på grunnlag av en bred vurdering av rettskildematerialet. Annenvoterende, med tilslutning fra to dommere, kom til samme resultatet ”idet jeg legger avgjørende vekt på den ... 50-årige faste ligningspraksis. Jeg finner det da ikke nødvendig å uttale meg om hva som isolert kan utledes av lovbestemmelsens formål eller dens uklare ordlyd”.
- I Rt. 1981.679 ble det uttalt at politiet, i kraft av sin oppgave å opprettholde ro og orden, kunne utferdige midlertidige ferdselsforbud.¹⁶³
- I Rt. 1996.1114 var det spørsmål resultater fra polygrafter kunne nektes ført som bevis. Tiltalte hevdet begrensninger i retten til fri bevisførsel etter ”legalitetsprinsippet” krevde lovhjemmel, og at testresultatene måtte kunne føres. Høyesterett kom til motsatt resultat, i det vesentlige begrunnet med de ”sterke reelle hensyn” som gjorde seg gjeldende mot slik bevisførsel.
- Innen skatteretten har gjennomskjæring i en rekke saker medført utvidende og analogisk tolkning av skattebestemmelser, til den private parts ugunst. De sentrale betingelser er at disposisjonen fremtrer som stort sett skattemessig motivert, og motvirker skattereglenes formål.¹⁶⁴

En gjennomgående restriktiv rettsanvendelse gjenspeiles også i den juridiske litteratur. I fremstillinger som legger rettskildemessige skranker inn under ”legalitetsprinsippet” gis det ingen eksempler på at domstolene har ”overtrådt” prinsippet. Der en eller flere av de nevnte avgjørelser omtales, presenteres disse gjerne som særlige, men legitime, unntak fra den strenge norm som for øvrig gjelder.¹⁶⁵

¹⁶¹ *Eckhoff 1987* s. 206 antar at resultatet i avgjørelsene ”nok også kunne vært nådd gjennom en tolking av lovgivningen om politivedtekter”. En slik hjemmel ble imidlertid avvist i sistnevnte.

¹⁶² Slik myndighet er nå fastslått i strpl. § 160.

¹⁶³ Slik myndighet er nå fastslått i politil. § 7.

¹⁶⁴ Som eksempler kan nevnes Rt. 1994.912, Rt. 1998.1771 og Rt. 1999.946. Se også *Zimmer 2001* s. 51–62.

¹⁶⁵ Jf. bl.a. *Frihagen 1991* s. 117–118, *Hopsnes/Solberg JV 2005* s. 131, *Nygaard 2004* s. 307 og *Andenæs, J. 2004(a)* s. 168–169. *Castberg 1938* s. 96–100 og 20–21 nevner ingen overtredelser av det anførte fortolkningsprinsippet, og fremhever Rt. 1922.494 som et legitimt eksempel på sedvanerettslig grunnlag for offentligrettslige plikter. *Zimmer 2001* s. 52 anfører legalitetsprinsippet som en viss skranke for gjennomskjæring, uten å forfølge dette videre.

Den konsekvente rettspraksisen må betraktes på bakgrunn av at juridisk teori før 1960-tallet – med unntak for Castbergs vage fortolkningsprinsipp – ikke har gitt særskilte direktiver for domstolenes virke innen forvaltningsretten. Dette er i avsnitt 2.1 og 2.9 hevdet for så vidt angår den eldre statsrettslige litteratur knyttet til legalitetsprinsippet, men heller ikke i eldre *rettskildeteoretisk* litteratur oppstilles retningslinjer for domstolskontroll og statuering av offentligrettslige pliktregler.¹⁶⁶ Domstolene har altså i over 100 år operert på basis av egen overbevisning og alminnelig rettskildelære i forhold til disse spørsmålene, med et resultat som fra et moderne perspektiv må anses juridisk forsvarlig. Dette taler med styrke mot et reelt behov for et særskilt offentligrettslig rettskildeprinsipp.

Det kan også gjøres ytterligere observasjoner i forhold til eldre rettskildelitteratur. Den ”manglende” omtalen av forvaltningsrettslige rettskilderegler kan ikke bortforklares med tidligere tiders positivistiske holdning til lov og sedvanerett som eneste rettskilder. Alt i 1907 hevdet Scheel at rettskildelæren burde underkastes en revisjon, som etter hans syn ville medføre anerkjennelse av en rekke andre momenter enn lovgivning og sedvane som bestemmende for gjeldende rett.¹⁶⁷ I 1908 rettet også Stang sterk kritikk mot rettskildelæren, særlig sedvanerettsinstituttet, fordi denne ikke åpnet for anerkjennelse av den ”retsskapende virksomhet” domstolene i lange tider hadde utøvd.¹⁶⁸ Platous lærebok fra 1915, som baserer seg på den eldre tvedeling mellom lov og sedvanerett, ble allerede kort tid etter utgivelsen betraktet som umoderne.¹⁶⁹ I 1925 anførte Astrup Hoel at den vitenskapelige ”retskildeteori” burde avskaffes til fordel for en realistisk ”retsmetodeteori” basert på konkrete vurderinger ut fra alt foreliggende materiale,¹⁷⁰ og i Augdahls lærebok fra 1949 er rettskildebildet i stor grad oppspaltet i ulike faktorer.¹⁷¹ Uavhengig av fremstillingsmåte har det hele forrige århundre vært bred enighet om at domstolene undertiden kan, og skal, anvende rettsregler uten særlig hold i det positive

¹⁶⁶ Studert rettskildelitteratur refereres straks nedenfor.

¹⁶⁷ *Scheel TjR 1907* s. 261.

¹⁶⁸ *Stang TjR 1908* s. 338–344.

¹⁶⁹ *Platou 1915* s. 2. Ifølge Johs. Andenæs ble fremstillingen i hans studietid, på første halvdel av 1930-tallet, ”betraktet som avleggs, og ble ikke lest av noen av de studenter jeg kjente”, jf. *Andenæs, J. LoR 2002* s. 1.

¹⁷⁰ *Astrup Hoel 1925*, s. 66–79 og 194–195.

¹⁷¹ *Augdahl 1949*. Jf. også omtalen av rettskildebegrepet i *Ross 1953* s. 92.

rettskildematerialet, i overensstemmelse med ”umiddelbar Retsfølelse”, ”Retslivets reale Behov”, ”sakens natur”, ”reale hensyn” m.v.¹⁷² Prinsippet i den sveitsiske sivillovbok art. 1 er i denne forbindelse gjerne fremholdt som illustrerende.¹⁷³ Selv Platou, med sitt positivistiske utgangspunkt, uttaler:

”De reale Forhold tilvirker selv Retsregelen (der røber sig i Folkets daglige Praxis), thi Retsregelen er Produktet af de i Livet forhaandenværende Interesser, som den skal beskytte.”

”Sagens Natur vil hyppig paaberaabes af Dommerne, thi den udfjør Grundlaget for deres juridiske Ræsonnement. Vi maa nemlig erindre, at der stedse dukker op Spørgsmaal, som ikke er afgjort verken ved Lov eller ved Sædvaneret.”¹⁷⁴

Helt siden begynnelsen av 1900-tallet har det altså vært bevissthet om utfylling, rettsskapende virksomhet, rimelighetshensyn og en dynamisk avveiningsmodell, og det rettskildeteoretiske perspektiv har med dette ligget til rette for statuering av særskilte skranker i domstolenes alminnelige frihet. Når dette ikke ble gjort i forhold til den offentlige rett, er det nærliggende å anta at det her ikke ble ansett nødvendig.

Det kan muligens, i tråd med Castbergs kritikk av domstolene,¹⁷⁵ hevdes at heller ikke den juridiske teori har vært klar over de ”særegne offentligrettslige prinsipper” som må komme til anvendelse innen forvaltningsretten – til tross for at legalitetskontroll var vanlig i rettspraksis. Til dette må det bemerkes at heller ikke i tiårene etter Castberg uttrykte sitt fortolkningsprinsipp, ble det hevdet tilsvarende regler i rettskildelitteraturen.¹⁷⁶

Som en viss motsetning til eldre juridisk teoris fraværende omtale av et forvaltningsrettslig rettskildeprinsipp, står dens synspunkter på lovkravet i grl. § 96. Flere teoretikere hevdet at bestemmelsen utgjorde et forbud mot ”analogisk” fortolkning av

¹⁷² Jf. bl.a. *Scheel TjR* 1907 s. 262, *Gjelsvik* 1912 s. 50–51, *Hagerup TjR* 1915 s. 53 og 60–63, *Hagerup* 1931 s. 11–12, *Knoph* 1934 s. 16–17, *Augdahl* 1949 s. 43–49, *Ross* 1953 s. 118–119.

¹⁷³ Jf. bl.a. de nevnte henvisninger til Stang, Gjelsvik, Hagerup, Knoph og Augdahl. Bestemmelsen lyder: (1) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. (2) Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht1 nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. (3) Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

¹⁷⁴ *Platou* 1915 s. 57 og 61.

¹⁷⁵ *Castberg* 1938 s. 24–25.

¹⁷⁶ Her bør særskilt fremheves *Augdahl* 1949 og *Aarbakke TjR* 1966, hvor fremstillingenes omfang og siktemål kunne gjort eventuell omtale av slike naturlig.

straffebud.¹⁷⁷ Til tross for dette er det ikke vanskelig å finne eksempler på meget frie fortolkninger, hvor en slik karakteristikk nok er naturlig.¹⁷⁸ Augdahl uttaler på denne bakgrunn at ”der findes idag neppe nogen dommer som av hensyn til grunnlovens § 96 vil gi avkall på en utvidelse som han om § 96 ikke hadde eksistert, vilde ha anset berettiget”, og Johs. Andenæs antar at rettspraksis har artet seg ”omtrent som den ville gjort uten bestemmelsen”.¹⁷⁹

Disse forhold må ha overføringsverdi ved vurderingen av behov og effekt av rent teoretisk definerte lovkrav. Teori og praksis vedrørende grl. § 96 er nettopp en av grunnene til at Eivind Smith i sin artikkel fra 1978 unnlater en nærmere konkretisering av den negative formuleringens restkategori.¹⁸⁰

3.2 Pedagogisk tjenlighet av et offentligrettslig lovkrav

Frakjennes det praktiske behov for et offentligrettslig lovkrav, må hensiktsmessigheten av et slikt søkes i at det på en pedagogisk treffende måte illustrerer den rettsanvendelse domstolene reelt sett følger. Den annen problemstilling i del 3 er hvorvidt dette er tilfellet. Etter min mening tilsier en rekke forhold at det også her må svares benektende, og at det tvert i mot kan knytte seg vesentlige ulemper til et slikt særskilt rettskildeprinsipp under en enkel definert term.

I artikkelen *Om Rettens Grund som Udgangspunkt for Læren om Retskilderne* i Tfr 1907 anfører Scheel at gjeldende rett er den som ”fremstiller sig som bedst egnet til at fremme Samfundets Vel”.¹⁸¹ Tilsvarende uttalelser finnes hos en rekke teoretikere.¹⁸² En

¹⁷⁷ Jf. bl.a. Skeie 1946 s. 54–59 med henvisninger, Castberg 1935 s. 66 og Gjelsvik 1924 s. 52–53. Aschehoug III 1893 s. 15–16 stiller seg mer tvilende, mens Platou 1915 s. 263 og Morgenstierne II 1927 s. 363 uttrykkelig uttaler at det ikke eksisterer noe forbud. Som Augdahl 1973 s. 137–140 påpeker, har det for øvrig vært noe uensartet oppfatning av hva analogisk fortolkning innebærer.

¹⁷⁸ Ved siden av de klassiske dommene vedrørende strl. § 422, jf. henvisninger i Rt. 1995.1734, kan nevnes Rt. 1856.275, Rt. 1897.727, Rt. 1918.858, Rt. 1929.330, Rt. 1959.501 og Rt. 1994.1414.

¹⁷⁹ Augdahl 1973 s. 146 og Andenæs, J. 2004(b) s. 120. Se også Aschehoug III 1893 s. 15.

¹⁸⁰ Smith, E. Tfr 1978 s. 664.

¹⁸¹ Scheel Tfr 1907 s. 258

¹⁸² Jf. bla. Hagerup Tfr 1915 s. 72–73, Eckhoff 1971 s. 325, Bernt/Doublet 1998 s. 243 og Fleischer 1998 s. 77.

annen gjenganger er uttalelsen om at gjeldende rett er den som har de beste grunner for seg.¹⁸³ De fleste vil nok være enige at de her nevnte målsettinger er plausible som utgangspunkt for den juridiske metodikk. Det kan likevel være ønskelig å oppstille de *grunnleggende hensyn* som inngår i rettsanvendelsen på en mer håndfast måte. Teorien er også fylt henvisninger til slike, selv om det ikke er vanlig å foreta noen uttømmende oppramsing.¹⁸⁴ Et forsøk på å gruppere rettsanvendelsens grunnhensyn på en tilnærmet uttømmende måte og med minst mulig gjentakelser, kan se slik ut:

1. Forutberegnelighet for og innrettelse hos rettssubjektene.
2. Rettstekniske hensyn og prosessbesparelse.
3. Demokratisk legitimitet og tillit til upartiske domstoler.
4. Respekt for lovgivers og grunnlovgivers vilje.
5. Hensynet til gode lovgivervaner.
6. Ensartethet og konsekvens i rettssystemet.
7. Hensynet til en rimelig og rettferdig løsning i den konkrete sak, *uavhengig av de øvrige nevnte hensyn*.
(F.eks. et ønske om å beskytte den ”svakeste part”.)¹⁸⁵

Fra disse hensynene kan det trekkes retningslinjer (rettskildeprinsipper) for alle stadier i bedømmelsen av gjeldende rett, både ved fastleggelse av relevante faktorer, slutninger fra disse og den endelige avveining. Hensynene i gruppe 1 til 3 vil normalt tale for restriktiv rettsanvendelse med forankring i positivt rettskildemateriale (typisk lovtekst), mens hensynet i gruppe 7 vil tale for en fri holdning til rettskildebildet. De øvrige kan slå ut begge veier. Hensynene gjør seg gjeldende på *alle rettsområder*, men avveiningen av dem vil slå ut ulikt både i forhold til det enkelte rettsområde og i forhold til den enkelte sak.

¹⁸³ Jf. bl.a. *Aarbakke TjR* 1966 s. 509–510, *Augdahl* 1973 s. 27 og 29, *Doublet* 1995 s. 307, *Aasland JV* 2000 s. 159, *Nygaard* 2004 s. 51.

¹⁸⁴ Jf. bl.a. *Hagerup TjR* 1915 s. 53 og 72–73, *Augdahl* 1949 s. 39–49, *Eckhoff* 1987 s. 129–131 og *Nygaard* 2004 s. 70–71.

¹⁸⁵ Enkelte vil kanskje inkludere autoritetshensyn, for således å åpne for juridisk teori og andre autoritative uttalelser som faktorer i rettsanvendelsesprosessen. En betenkelighet ved dette er at slike hensyns vekt teoretisk vil variere med den aktuelle rettsanvenders egen erfaring og autoritet, og medføre unødvendig uensartethet i rettsanvendelsen. Dessuten kan det virke uheldig at enkeltpersoner utenfor lovgiver- og domstolssystemet skal kunne påvirke rettstilstanden. Etter min mening bør autoritative uttalelser *teoretisk* ikke tilkjennes noen rettskildestatus, selv om det må erkjennes at de i *praksis* har en vesentlig opplysnings- og argumentasjonsverdi.

Det er på denne bakgrunn det må vurderes hvorvidt det er pedagogisk heldig å operere med et særskilt rettskildeprinsipp for inngripende, offentligrettslige pliktregler. På dette området vil hensyn som tilsier en restriktiv rettsanvendelse ofte vil stå meget sterkt. Særlig kan fremheves det moment at domstolene, som offentlige organer, lett kan fremstå partiske dersom de utviser en utpreget forvaltningsvennlig holdning. I en konflikt mellom et privat rettssubjekt og en sterk og upersonlig stat eller kommune, vil også de konkrete rimelighetshensyn ofte tale i det private rettssubjekts favør.

På den annen side er det klart at hensynet til samfunnet – en forsvarlig forvaltning – i visse tilfeller vil ha atskillig vekt i den konkrete rimelighetsvurderingen. Backer uttaler således:

”Det reelle styrkeforholdet kan ... iblant være slik at det er staten som har det største behovet for vern. ... Miljøretten er ... ikke noe sted for et strengt legalitetsprinsipp – det kunne lett bety at langsiktige fellesinteresser ble prisgitt til fordel for enkeltpersoners kortsiktige interesser.”¹⁸⁶

Også de resterende hensyn, særlig hensynet til gode lovgivervaner, kan tale mot en restriktiv rettsanvendelse. Skal det opereres med et offentligrettslig lovkrav bør det derfor åpnes for en viss dynamikk, noe den juridiske teori i en viss grad gjør gjennom poengtering av relativitet.¹⁸⁷ Det kan imidlertid spørres om dette er tilstrekkelig. Som vist i avsnitt 3.2 har det – om enn i beskjeden grad – forekommet at domstolene har anvendt ulovfestede inngripende pliktregler av offentligrettslig art der sterke hensyn har gjort seg gjeldende i denne retning. Det er ikke utelukket at det kan oppstå nye tilfeller hvor en tilsvarende praksis er ønskelig. Selv om juridisk teori har anerkjent de aktuelle avgjørelser som legitime unntak, kan en sterk hevdelse av et lovkrav medføre unødvendig stivhet i rettsanvendelsen.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Backer 2002 s. 127. Tilsvarende Graver 2002 s. 81. Jf. også Fleischer 1999 s. 49–53 om betydningen av grl. § 110b ved lovtolkning.

¹⁸⁷ Jf. også Rt. 1995.530 og Rt. 2001.382.

¹⁸⁸ Enkelte teoretikere tilkjenner sågar lovkravet konstitusjonell rang, på linje med grl. § 96, jf. bl.a. Hopsnes/Solberg JV 2005 s. 100 og Nygaard 2004 s. 64–65. Et slikt standpunkt beror etter min mening på en feilslutning. Etter sitt opprinnelige siktemål illustrerer legalitetsprinsippet forholdet mellom grl. § 3, 49 og 75a på en måte som er overensstemmende med stats- og rettspraksis, og som kan betegnes å være av konstitusjonell karakter. De rettskildebetraktninger som i senere tid er hevdet i forbindelse med prinsippet, kan derimot ikke uten videre tilkjennes slik status.

Et offentligrettslig lovkrav kan videre gi det inntrykk at rettsanvendelsen utenfor dette området generelt er av en vesentlig friere art. Også på typisk privatrettslige områder vises det imidlertid utpreget tekstlojal og uvilje mot å la konkrete rimelighetshensyn få gjennomslag. Som eksempler kan nevnes den strenge anvendelsen av rettsverns- og ekstinksjonregler innen panterett og dynamiske tingsrett,¹⁸⁹ samt avgjørelser hvor utvalgte bestemmelser, lover eller rettsområder stemples som ”positivrettslige”, med en påfølgende restriktiv rettsanvendelse.¹⁹⁰

Den vesentligste ulempen ved et definert lovkrav er at det kan medføre underkommunisering av de grunnleggende hensyn og de særlige omstendigheter som normalt tilsier en restriktiv rettsanvendelse. Det er etter min mening påfallende hvor lite plass juridisk teori spanderer på begrunnelse av lovkravet og dets relativitet, i relasjon til fremstillingen av dets innhold.¹⁹¹ Dersom begrunnelsen er så selvfølgelig at den ikke behøver fremheves, kan det undres om ikke lovkravet selv er så innlysende at det ikke trenger defineres.

Særlig uheldig er det hvis også domstolene, uten nærmere forklaring og i betydning av et lovkrav, benytter termen ”legalitetsprinsippet” som begrunnelse for et standpunkt eller resultat. Søk i Lovdata viser at termen først ble brukt i rettspraksis på 1960-tallet, og at den benyttes stadig hyppigere. Pr. 04.04.06 gis det 94 treff i avgjørelser fra Høyesterett og kjæremålsutvalget, hvorav kun 28 fra før 1990. For underrettsavgjørelser er de tilsvarende tall 223 og 15. I flere av disse avgjørelsene benyttes termen som direkte og selvstendig argument for en rettskildemessig oppfatning – ofte i partsanførlene,¹⁹² men i atskillig grad også i domsgrunnene. Som eksempler på det siste kan nevnes følgende uttalelser:

¹⁸⁹ Jf. bl.a. Rt. 1997.1050: ”Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er noe rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat.” Se også Rt. 2000.1043, Rt. 2002.1484 og Rt. 1992.352.

¹⁹⁰ Jf. bl.a. Rt. 1971.34 (familierett), Rt. 1991.1335 (obligasjonsrett) og Rt. 2005.764 (prosessrett).

¹⁹¹ Verken *Opsahl TjR 1962*, *Eckhoff 1971* s. 186, *Andenæs, J. 1979* s. 96–97, *Andenæs, M. H. 1997* s. 91, *Aasland JV 2000* s. 167–168, *Eckhoff 2001* s. 313 (Helgesen) henviser til underliggende hensyn som begrunnelse for lovkravet, selv om fremstillingenes omfang kunne tilsi en behandling av dette.

¹⁹² Jf. bl.a. Rt. 1965.40, Rt. 1995.530, Rt. 1996.516, Rt. 1999.157, Rt. 2003.1737, Rt. 2004.1105, Rt. 2005.117.

- Rt. 1967.524: ”Det følger av legalitetsprinsippet at det kreves uttrykkelig lovhjemmel for å pålegge borgerne nye plikter.”
- Rt. 1996.654: ”Jeg bemerker at etter legalitetsprinsippet må et forbud mot det aktuelle fisket ha hjemmel i formell lov eller i forskrift gitt med hjemmel i formell lov.”
- Rt. 1997.1210: ”det er tale om avgiftstrekk ved førstehåndsomsetning av råfisk, som alle fiskere må betale for å få levert fisken. ... En slik ordning, som ikke forutsettes å bygge på samtykke, må etter legalitetsprinsippet kreve lovhjemmel.”
- Rt. 1998.1477: ”Vi er på et område der legalitetsprinsippet må gjelde med særlig tyngde, og etter mindretallets syn er de reelle hensyn som taler for en videre rekkevidde av bestemmelsen, ikke tungtveiende nok til å slå gjennom overfor ordlyden.”

Isolert sett kommer det i uttalelser som dette verken til uttrykk hvilke grunnhensyn som faktisk ble vurdert, eller hvilke hensyn som ble ansett særlig utslagsgivende for de inntatte standpunkt. En slik tilsløret avveining er for det første lite opplysende for sakens parter som begrunnelse for domsslutningen. For det annet gis det færre signaler om når avveiningen ville tippe i favør av et motsatt standpunkt eller resultat, noe som vanskeliggjør innrettelse for andre som ønsker å forutberegne sin rettsstilling. Selv om domsslutningene nok kan være plausible og godt fundert i det helhetlige rettskildebildet, er det en uting at det argumenteres på denne måten ut fra en term med uklart og sågar omstridt innhold. En åpen avveining av grunnhensyn vil i alle tilfeller være å foretrekke.

Den kritikk som her rettes kan settes i en større sammenheng: Etter min mening trekkes de grunnleggende hensyn generelt for dårlig frem i rettspraksis, og i enda større grad i rettskildeteorien.¹⁹³ Hos bl.a. Platou og Fleischer synes de, uten at det uttales eksplisitt, å omfattes av de kryptiske betegnelsene ”Sagens Natur” og ”reelle hensyn”.¹⁹⁴ Andre teoretikere trekker smalere grenser om de nevnte betegnelsene til kun å omfatte konkrete rimelighetshensyn, uten å redegjøre nærmere for øvrige grunnhensyn. Fra og med annen utgave av Eckhoffs rettskildelære defineres således ”reelle hensyn” synonymt med ”godhetsvurderinger”, mens vurderinger av om noe er forsvarlig etter

¹⁹³ Et unntak er *Augdahl 1949* s. 39–49.

¹⁹⁴ Jf. *Platou 1915* s. 57–67.

”rettskildeprinsippene” fremstilles som noe annet. For sistnevnte nøyer han seg med følgende karakteristik:

”[S]elv om man ikke har formulerte regler å gå etter, vil den trenede jurist ha en ganske god føling med hvor stor vekt det er forsvarlig å gi de forskjellige argumenter. Og det er ganske godt samsvar mellom forskjellige juristers holdninger til dette. Man kan kanskje se det slik at forsvarlighetsvurderingen langt på vei styres av normer som unndrar seg formulering.”¹⁹⁵

Både juridisk teori og rettspraksis bør tilstrebe en så utilsørt og nyansert beskrivelse av rettsanvendelsen som mulig, og det naturlige utgangspunkt er da å fremheve grunnleggende hensyn i den utstrekning dette kan virke klargjørende. Rettssystemet lider av den uklarhet som naturlig ligger i språket, og det er unødvendig å forsterke denne ved å benytte termer og uttrykk med upresist meningsinnhold. Dette gjelder ”legalitetsprinsippet”, så vel som ”positivrettslig”, ”sakens natur” og ”reelle hensyn”.¹⁹⁶

¹⁹⁵ *Eckhoff 1987* s. 302–308. *Boe 1996* s. 145–146 og 290–295 hevder et tilsvarende syn, uten noen begrunnelse for rettskildereglene utover tradisjon. *Andenæs, M. H. 1997* s. 66–68 synes å ha et vidt perspektiv på de reelle hensyn, tilsvarende Fleischers, men hevder likevel at ”formelle tolkingsfaktorer” og ”reelle hensyn” kan trekke i hver sin retning.

¹⁹⁶ For de to sistnevnte reises en noenlunde tilsvarende kritikk som her anført av henholdsvis *Solnørdal TjR 1921*, særlig s. 213, og *Kinander LoR 2000*. Også *Aarbakke TjR 1966* s. 515 er kritisk til at verdipremisser i liten grad trekkes frem og presiseres i rettspraksis. Se også *Eckhoff 1971* s. 317–320 og 329–332.

4 Sammenfattende og avsluttende bemerkninger

Historisk sett er det naturlig å forstå det rettskildemessige perspektiv på legalitetsprinsippet som en fordreining av prinsippets opprinnelige siktemål. Fra en formulering om at forvaltningsbeslutninger som griper inn i borgernes rettssfære trenger hjemmel i en særskilt rettsregel, hvor det sentrale var en illustrasjon av de begrensninger som etter konstitusjonen ligger i utøvende makt, har det vært en overfokusering av hjemmelskravets nærmere innhold. Dette har resultert i hevdelse av et offentligrettslig lovkrav og et unntak fra alminnelig rettskildelære.

At forvaltningen mangler en bestemt kompetanse etter konstitusjonen, medfører ikke med nødvendighet at slik kompetanse kun kan oppnås ved formell lov eller at en lovhjemmel må være spesielt klar. Etter min mening er det ønskelig at termen ”legalitetsprinsippet” kun benyttes i tråd med sitt opprinnelige meningsinnhold. Det er verken behov for eller pedagogiske fordeler ved en konkretiserende behandling av hjemmelskravet, langt mindre et unntak fra den alminnelige rettskildelære. Den juridiske teori bør i stedet oppfordre til en bredere vurdering av rettsanvendelsens grunnhensyn. Dersom det likevel skal statueres særskilte direktiver, bør slike omtales som noe annet enn ”legalitetsprinsippet”. De fleste diskusjoner rundt prinsippet beror på ulikt perspektiv, fremfor uenighet om reelle forhold.

I forhold til den konkrete utforming av legalitetsprinsippet, har Ross’ kritikk av et materielt lovbegrep har atskillig for seg for så vidt gjelder den lovgivende makts grenser. Etter min mening er det likevel gunstig å operere med en tvedeling mellom privat og statlig rettssfære, og anerkjennelse av konstitusjonell anordningsmakt for forvaltningen innen sistnevnte. En slik konstruksjon trenger ikke ta utgangspunkt i et materielt lovbegrep, og grensen mellom de to sfærene er neppe så problematisk som Ross’ kritikk og Eckhoffs artikkel i TfR 1963 kan gi inntrykk av (skjønt tvilstilfeller kan forekomme). Interne instruksjoner og organisatoriske beslutninger i forvaltningen fremstår reelt av en vesentlig

annen art enn øvrige rettslige beslutninger, selv om det muligens kan være innvendinger mot det historiske grunnlaget for en selvstendig kompetanse.

For den nærmere utforming av legalitetsprinsippet, er det etter min mening i utgangspunktet likegyldig om det antas en positiv eller negativ formulering. Det sentrale er at den utøvende makts begrensninger illustreres. De uensartede oppfatninger av hjemmelsgrunnlagene i den negative formulering tyder likevel på at en positiv formulering i mindre grad er egnet til å skape misforståelser.

5 Litteraturliste og forkortelser

- Andenæs, J. 1945* Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 1945
- Andenæs, J. 1956* Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*, Oslo 1956
- Andenæs, J. 1976* Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*, 4. utg., Oslo 1976
- Andenæs, J. 1979* Andenæs, Johs.: *Innføring i rettsstudiet*, Oslo 1979
- Andenæs, J. LoR 2002* Andenæs, Johs.: *Juridisk metode og det juridiske studiet*, Lov og Rett 2002 s. 1–2
- Andenæs, J. 2004(a)* Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*, 9. utg. ved Arne Fliflet, Oslo 2004
- Andenæs, J. 2004(b)* Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004
- Andenæs, M. H. 1997* Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*, Oslo 1997
- Aschehoug II 1892* Aschehoug, T. H.: *Norges nuværende Statsforfatning*, bind II, 2. utg., Christiania 1892
- Aschehoug III 1893* Aschehoug, T. H.: *Norges nuværende Statsforfatning*, bind III, 2. utg., Christiania 1893
- Astrup Hoel 1925* Astrup Hoel, G.: *Den moderne retsmetode*, Oslo 1925
- Aubert 1877* Aubert, L. M. B.: *De norske Retskilder og deres Anvendelse*, Christiania 1877
- Augdahl 1949* Augdahl, Per: *Forelesninger over rettskilder*, Oslo 1949
- Augdahl 1973* Augdahl, Per: *Rettskilder*, 3. utg., Oslo 1973
- Backer 2002* Backer, Inge Lorange: *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 4. utg., Oslo 2002
- Bernt 1982* Bernt, Jan Fridthjof: *Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger*, Festskrift til Johs Andenæs: Lov og frihet, Oslo 1982 s. 509–526
- Bernt/Doulet 1998* Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doulet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998
- Bernt/Rasmussen 2003* Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen: *Frihagens forvaltningsrett*, bind I, Bergen 2003
- Boe JV 1983* Boe, Erik: *Eckhoffs/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten*, Jussens Venner 1983 s. 151–173

- Boe 1993* Boe, Erik: *Innføring i juss: bind 2: statsrett og forvaltningsrett*, Oslo 1993
- Boe 1996* Boe, Erik: *Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo 1996
- Castberg II 1935* Castberg, Frede: *Norges statsforfatning*, bind II, Oslo 1935
- Castberg 1938* Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten*, Oslo 1938
- Doublet 1995* Doublet, David Roland: *Rett, vitenskap og fornuft*, Bergen 1995
- Eckhoff TjR 1963* Eckhoff, Torstein: *Legalitetsprinsippet*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1963 s. 225–285
- Eckhoff 1971* Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, Oslo 1971
- Eckhoff 1978* Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, Oslo 1978
- Eckhoff 1987* Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 2. utg., Oslo 1987
- Eckhoff 1992* Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 1992
- Eckhoff 2001* Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001
- Eckhoff/Smith 2003* Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 7. utg., Oslo 2003
- Fleischer 1998* Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998
- Fleischer 1999* Fleischer, Carl August: *Miljø- og ressursforvaltning*, 3. utg., Oslo 1999
- Frihagen 1968* Frihagen, Arvid: *Lærebok i forvaltningsrett*, bind I, Oslo 1968
- Frihagen 1991* Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett*, bind I, Oslo 1991
- Frihagen LoR 1970* Frihagen, Arvid: *Omgjøring av forvaltningsvedtak*, Lov og Rett 1970 s. 305–338
- Gjelsvik 1912* Gjelsvik, Nikolaus: *Innledning i rettsstudiet*, Oslo 1912
- Gjelsvik 1924* Gjelsvik, Nikolaus: *Innledning i rettsstudiet*, 2. utg., Oslo 1924
- Graver 2002* Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2002
- Hagerup TjR 1915* Hagerup, Francis: *Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse*, Tidsskrift for Retsvidenskap 1915 s. 16–77
- Hagerup 1931* Hagerup, Francis: *Forelæsninger over retsencyclopaedi*, 3. utg., Oslo 1931
- Helset/Stordrange 1998* Helset, Per og Bjørn Stordrange: *Norsk statsforfatningsrett*, Oslo 1998
- Hopsnes/Solberg JV 2005* Hopsnes, Roald og Raymond Solberg: *Legalitetsprinsippet*, Jussens Venner 2005 s. 77–155
- Kinander LoR 2000* Kinander, Morten: *Trenger man egentlig "reelle hensyn"?*, Lov og Rett 2002 s. 224–241
- Knoph 1934* Knoph, Ragnar: *Oversikt over Norges rett*, Oslo 1934
- Kraby JV 1996* Kraby, Ida Hjort: *Hva er lov? Særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger*, Jussens Venner 1996 s. 145–160
- Morgenstjerne II 1927* Morgenstjerne, Bredo: *Lærebok i den norske statsforfatningsret*, bind II, 3. utg., Oslo 1927
- Nygaard 2004* Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Bergen 2004

<i>Opsahl TjR 1962</i>	Opsahl, Torkel: <i>En moderne forfatning under debatt</i> , annen artikkel, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1962 s. 369–412
<i>Opsahl 1965</i>	Opsahl, Torkel: <i>Delegasjon av Stortingets myndighet</i> , Oslo 1965
<i>Platou 1915</i>	Platou, Oscar: <i>Forelæsninger over Retskildernes Theori</i> , Kristiania 1915
<i>Ross 1953</i>	Ross, Alf: <i>Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi</i> , København 1953
<i>Ross 1966</i>	Ross, Alf: <i>Dansk statsforfatningsret</i> , 2. utg., København 1966
<i>Scheel TjR 1907</i>	Scheel, Herman: <i>Om Rettens Grund som Udgangspunkt for Læren om Retskilderne</i> , Tidsskrift for Retsvidenskap 1907 s. 249–262
<i>Skeie 1946</i>	Skeie, Jon: <i>Den norske strafferett</i> , bind I, 2. utg., Oslo 1946
<i>Skjerdal JV 2001</i>	Skjerdal, Nicolai V.: <i>Hva betyr "klar lovhjemmel"? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel</i> , Jussens Venner 2001 s. 337–364
<i>Smith, C. TjR 1964</i>	Smith, Carsten: <i>Folkerettens stilling ved norske domstoler</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap 1964 s. 356–374
<i>Smith, E. TjR 1978</i>	Smith, Eivind: <i>Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap 1978 s. 655–691
<i>Smith, E. JV 1982</i>	Smith, Eivind: <i>"Legalitetsprinsippet" på ny</i> , Jussens Venner 1982 s. 208–239
<i>Solnørdal TjR 1921</i>	Solnørdal, O.: <i>Sakens natur</i> , Tidsskrift for Retsvidenskap 1921 s. 173–216
<i>Stang TjR 1908</i>	Stang, Fredrik: <i>Handelskoutumer</i> , Tidsskrift for Retsvidenskap 1908 s. 249–344
<i>Zimmer 2001</i>	Zimmer, Frederik: <i>Lærebok i skatterett</i> , 4. utg., Oslo 2001
<i>Aarbakke TjR 1966</i>	Aarbakke, Magnus: <i>Harmonisering av rettskilder</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap 1966 s. 499–518
<i>Aasland JV 2000</i>	Aasland, Gunnar: <i>Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis</i> , Jussens Venner 2000 s. 157–179